

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO Y FILOSOFÍA JURÍDICA**

**MONICA CARVALHO VASCONCELOS**

**LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA COMPLEMENTARIO  
DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN BRASIL: LA  
EXPERIENCIA DE BAHIA**

*Tesis presentada para obtener el grado de doctora bajo la dirección del Prof.  
Dr. Liborio Hierro Sánchez-Pescador.*

**MADRID  
2012**



## **AGRADECIMIENTOS**

Me gustaría dar las gracias a todos los que de algún modo han contribuido a hacer tangible esta tesis y, quiero agradecer de manera particular a la Agencia Española de Cooperación Internacional- AECI que viabilizó la realización de este doctorado. Mención singular merece el profesor Liborio Hierro Sánchez-Pescador, mí querido director de tesis, por su enorme capacidad intelectual, paciencia y dedicación. Mi gratitud y estimación a Vinicius Fiuza Frota por su amor e incentivo. A mi familia que siempre me ha transmitido cariño. Gracias finalmente a todos mis amigos por tornar la vida más ligera.



*No hay nadie menos afortunado  
que el hombre a quien la  
adversidad olvida, pues no tiene  
oportunidad de ponerse a prueba.*

*Lucio Anneo Séneca*



## ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>11</b>
<b>1. TEORIA DE LA MEDIACIÓN DE CONFLICTOS.....</b>	<b>17</b>
<b>1.1 Mecanismos complementarios de solución de conflictos...</b>	<b>21</b>
1.1.1 Negociación.....	26
1.1.1.1 Clases de negociación.....	29
1.1.2 Conciliación.....	32
1.1.2.1 Clases de conciliación.....	33
1.1.2.2 Ámbitos de la conciliación.....	34
1.1.2.3 Análisis comparativo entre la Conciliación y la Mediación.....	38
1.1.3 Mediación.....	42
1.1.3.1 Peculiaridades de la solución de conflictos por medio de la mediación.....	47
1.1.4 Arbitraje.....	49
1.1.4.1 Clases de arbitraje.....	52
<b>1.2 Principios de la mediación.....</b>	<b>56</b>
<b>1.3 Modelos de mediación.....</b>	<b>62</b>
1.3.1 Modelo Tradicional Lineal (Fisher y Ury).....	62
1.3.2 Modelo Transformativo (Bush y Folger).....	65
1.3.3 Modelo circular narrativo (Sara Cobb).....	69
<b>1.4 Ventajas e inconvenientes de la mediación.....</b>	<b>72</b>
1.4.1 Ventajas de la mediación relacionadas con las partes.....	72
1.4.2 Ventajas de la mediación relacionadas con la sociedad.....	75
1.4.3 Desventajas o inconvenientes de la mediación.....	78

1.4.4 Ámbitos de aplicación de la mediación.....	84
<b>1.5 Procedimiento y técnicas de mediación de conflictos.....</b>	<b>111</b>
1.5.1 Técnicas utilizadas en la mediación.....	125
<b>1.6 El ambiente de la mediación.....</b>	<b>134</b>
<b>2. LA MEDIACIÓN DE CONFLICTOS EN BRASIL COMO MECANISMO COMPLEMENTARIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....</b>	<b>136</b>
<b>2.1 Panorama general de la administración de justicia en Brasil...</b>	<b>136</b>
2.1.1 Normas procesales.....	151
<b>2.2 Acceso a la justicia.....</b>	<b>160</b>
<b>2.3 Pluralismo jurídico.....</b>	<b>166</b>
2.3.1 Pluralismo Jurídico propuesto por Boaventura de Sousa Santos	168
2.3.2 Pluralismo Comunitario–Participativo propuesto por Antonio Carlos Wolkmer.....	179
<b>2.4 La mediación en Brasil.....</b>	<b>193</b>
2.4.1 Previsión Legal.....	196
2.4.2 Cambio de mentalidad.....	207
<b>2.5 Mediación Comunitaria.....</b>	<b>216</b>
2.5.1 Concepto de Comunidad y comunitarismo.....	216
2.5.2 Mediación Comunitaria y su relevancia democrática en el escenario brasileño.....	225
2.5.3 La práctica de la mediación comunitaria en Brasil.....	238
<b>3. LA EXPERIENCIA DEL PROYECTO BALCÓN DE JUSTICIA Y CIUDADANÍA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE BAHIA-BRASIL CON LA MEDIACIÓN COMUNITARIA.....</b>	<b>244</b>
<b>3.1 Proyecto, historia y marco legal.....</b>	<b>246</b>
<b>3.2 Contexto en el que los Balcones están insertos.....</b>	<b>251</b>
<b>3.3 Estructura del Proyecto.....</b>	<b>254</b>
3.3.1 Estructura de personal.....	254
3.3.2 Sistema de asociación.....	258
3.3.3 Estructura física.....	260
<b>3.4 Los mediadores.....</b>	<b>262</b>
3.4.1 Capacitación de los mediadores.....	267
3.4.2 Ética de los mediadores.....	270
<b>3.5 Tipos de conflictos solucionados.....</b>	<b>273</b>
3.5.1 Conflictos de naturaleza familiar.....	274



3.5.2 Conflictos de naturaleza Civil.....	277
3.5.3 Características de los conflictos solucionados.....	278
<b>3.6 Procedimientos</b> .....	284
3.6.1 Sesión de mediación.....	286
3.6.2 Elaboración del acuerdo.....	287
3.6.3 Formalización del proceso.....	288
3.6.4 Homologación del acuerdo.....	289
3.6.5 Incumplimiento del acuerdo.....	290
<b>3.7 Resultados logrados</b> .....	292
<b>3.8 Encuesta sobre la satisfacción de los asistidos</b> .....	296
<b>3.9 Perspectivas futuras</b> .....	297
<b>CONCLUSIONES</b> .....	301
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	308
<b>ANEXO I</b> .....	330
<b>ANEXO II</b> .....	339



## INTRODUCCIÓN

Existe en la actualidad un movimiento universal para hacer efectivo el acceso a la justicia, pues los sistemas jurídicos de gran parte de las sociedades occidentales no han sido adecuados para resolver los conflictos individuales y colectivos que se vuelven cada vez más intensos y se multiplican.

De hecho, numerosos estudios han constatado la grave crisis que afecta a la administración de la justicia de diversos países. En Brasil, las soluciones para enfrentar estas dificultades son complejas y exigen profundos cambios estructurales. La reforma de la justicia ha de hacerse globalmente, valiéndose de todos los medios legales, materiales y personales que están a disposición. En este contexto, los mecanismos complementarios de solución de conflictos están llamados a convertirse en pieza clave del nuevo modelo de justicia.

Sin embargo, no se puede contemplar estos mecanismos sólo como una posibilidad de rescatar al colapsado Poder Judicial del país. Los resultados de distintas experiencias prácticas han demostrado que su aplicabilidad contribuye a la administración de justicia, pero esta no es su finalidad primordial. En verdad, la búsqueda de estas prácticas en las últimas décadas también deriva de la introducción de valores nuevos en la sociedad, de la ampliación de los espacios democráticos que repercute en la ciudadanía y exige posturas más participativas de la población en todos los niveles sociales.

Así, el diálogo, la solución pactada de disputas, se presentan como importantes herramientas a favor de una mayor eficacia del acceso a la justicia, derecho fundamental garantizado en la Constitución Federal de Brasil promulgada en 1988. El término “acceso a la justicia” será utilizado numerosas veces en esta investigación. Es importante aclarar que tal concepto sufrió relevantes modificaciones a lo largo de la historia, que resultaron en la ampliación de su alcance original idealizado en el Estado Liberal burgués que significaba sólo la garantía formal del individuo de demandar ante el Poder Judicial la satisfacción de sus derechos y defenderse en un proceso. A día de hoy, el acceso a la justicia no puede ser entendido como el simple derecho de ingresar con una demanda judicial, su significado es más amplio, comprende la posibilidad de las partes lograr un orden justo, de acuerdo con su voluntad en cuanto no viole el ordenamiento jurídico vigente.

Así las cosas, los mecanismos complementarios de solución de conflictos consisten en importantes instrumentos de acceso a la justicia, en sentido amplio. Complementan la actividad jurisdiccional del Estado y reconocen la autonomía de los individuos que pasan a disfrutar de otros métodos para solucionar determinados conflictos.

Los medios complementarios integran una creciente variedad de modalidades de intervención en el conflicto, que, si bien comparten una serie de características generales, cada uno aporta sus propios matices y se adecuan a ciertos tipos de controversia. Entre ellos, destacan como los más importantes: la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje.

Este estudio tiene como foco principal la mediación como proceso de intervención en la solución de conflictos que complementa la administración de justicia e introduce en la sociedad la cultura del diálogo. Se trata de una temática actual y relevante en el mundo global y multicultural que vivimos, que presupone la negociación en todo instante de nuestras diferencias. Esta técnica difiere de los diseños tradicionales de manejo de conflictos, como intervención que posibilita a los protagonistas de la desavenencia la oportunidad de dialogar

sobre sus intereses y construir, con la ayuda del mediador, una solución mutuamente satisfactoria.

El principal objetivo es evaluar las ventajas e inconvenientes de la aplicabilidad práctica de la mediación a través de un estudio predominantemente jurídico sobre este mecanismo interdisciplinar de solución de conflictos en el entorno brasileño. Es decir, se pretende investigar las consecuencias de la introducción de la mediación en el sistema global de justicia de Brasil, cuya administración de justicia enfrenta serios problemas.

Para concretizarlo, esta investigación fue estructurada en tres partes distintas. La primera aborda una vasta investigación bibliográfica sobre las bases teóricas de la mediación, con la intención de señalar su concepto, principios, objetivos, ventajas y limitaciones. También serán abordados los modelos de mediación, el proceso, las técnicas de comunicación utilizadas, el ambiente adecuado a la mediación y los principales conflictos que se adecuan a este mecanismo. Será estudiado también el papel del mediador, su función y formación necesaria para el desempeño de esta actividad.

Este análisis teórico es fundamental para la comprensión de la segunda parte de la investigación que consiste en el estudio sobre la aplicabilidad práctica de la mediación en el escenario brasileño. En Brasil, leyes generales y políticas públicas permiten e incentivan la utilización de la técnica mediadora para democratizar el acceso a la justicia a través de iniciativas de diferentes instituciones y agentes sociales cuyas actividades se han desarrollado de forma difusa y poco sistematizada, pero eficaz. Así, no obstante la falta de ley específica sobre mediación, las experiencias prácticas se multiplican en el país, principalmente con la modalidad de mediación comunitaria.

En la tercera parte será analizada la efectividad de la mediación comunitaria a partir de la experiencia del Tribunal de Justicia del Estado de Bahia, en Brasil, que creó en 2003 el Proyecto “Balcón de Justicia y Ciudadanía”, con la finalidad de ofrecer una justicia más eficaz, rápida, de bajo

coste y humana a través de la mediación, dirigida a las personas que no disfrutaban de condiciones económicas, sociales y culturales de acceso a la justicia por las vías formales.

Serán evaluadas las principales características del proyecto, su marco legal, el contexto social en el que está inserto, su estructura organizacional, los mediadores, su ética y capacitación, los procedimientos utilizados, los tipos de conflictos solucionados y los resultados presentados en los últimos años. También serán examinados los impactos sociales, económicos y culturales de esta práctica como mecanismo complementario de la administración de la justicia en el entorno brasileño.

Este estudio representa la consolidación de una investigación que se inició en 2002 sobre la teoría de la mediación de conflictos. En aquella época el foco central consistía en la aplicabilidad de la mediación para resolver los conflictos derivados de las familias contemporáneas. Ahora el tema central es la mediación comunitaria y la investigación resalta la experiencia práctica desarrollada en el Balcón de Justicia y Ciudadanía del Barrio “Imbuí”, del que soy supervisora desde el comienzo de 2009. Esta unidad está ubicada en el Núcleo de Prácticas Jurídicas de la Facultad Ruy Barbosa, asociada del Tribunal de Justicia de Bahia, que asiste distintas comunidades carentes cercanas.

Para llevar a cabo la recogida de informaciones se han utilizado distintos métodos de investigación (histórico, descriptivo, hipotético-deductivo). Incluso se han realizado entrevistas parcialmente estructuradas que han facilitado la identificación del perfil del Proyecto y su puesta en marcha. Lo fundamental es evaluar de modo crítico los resultados logrados y contribuir al intercambio entre las prácticas de mediación. Los datos aquí resaltados son recogidos mensualmente por los supervisores de cada unidad y enviados a la coordinación del proyecto que organiza las informaciones y dar publicidad a los resultados. Estos datos reflejan el número de sesiones de mediación realizadas, la cantidad de acuerdos logrados, la naturaleza de los conflictos, y la satisfacción de los usuarios.

Para una mejor comprensión de esta experiencia, es imprescindible contextualizar este análisis crítico, considerando la situación actual del desarrollo de la mediación de conflictos en Brasil, principalmente la idiosincrasia de la mediación comunitaria. Esta contextualización favorece el entendimiento sobre la flexibilidad de la teoría de la mediación aplicada en la realidad brasileña.

Puede que las bases de la teoría de la mediación sean prácticamente las mismas en distintos países. Es decir, coinciden el concepto, los principios y los procedimientos. No obstante, el entorno es determinante cuando se analiza la aplicabilidad de estas teorías. Por tanto, este estudio pretende investigar la práctica de la mediación en el contexto de Brasil, en el que asume caracteres propios en virtud de la falta de ley específica y de criterios universalmente válidos para la actividad mediadora.

La mediación refuerza los principios democráticos, el ejercicio de la ciudadanía, la inclusión y pacificación social, es decir, está relacionada con los derechos fundamentales, principalmente con el acceso a la justicia, en consonancia por tanto con el respectivo programa del doctorado de la Universidad Autónoma de Madrid. En España la mediación y los otros mecanismos complementarios están más desarrollados en comparación con Brasil en términos teóricos, legales y prácticos. En esta investigación no será realizado un estudio comparado entre la experiencia de los dos países, sin embargo, en el primer apartado, sobre la teoría de la mediación de conflictos, serán resaltados algunos aspectos de la realidad española, puesto que en este país existen parámetros legales y teóricos más bien definidos sobre estas modalidades de solución de conflictos.





## 1. TEORIA DE LA MEDIACIÓN DE CONFLICTOS

Los conflictos representan el motor y la expresión de las relaciones sociales. Ellos forman parte de la propia naturaleza humana y afectan a todas las personas, independientemente de su edad, raza, credo, clase social o ideología. Eduard Vinyamata afirma:

El conflicto es un fenómeno propio de los seres vivos, implícitos en el mismo acto de vivir, que se halla presente en todas las épocas y edades y que afecta de manera muy importante a la vida de las personas y de las sociedades que éstas conforman. Son a la vez, referencia vital, de evolución, de progreso en ocasiones y de involución en muchas otras.<sup>1</sup>

Comprender el conflicto como una realidad social indispensable no significa decir que todos sean de hecho necesarios, ya que muchos de ellos son inútiles en su planteamiento y desarrollo y no representan la oportunidad de cambio constructivo ni para los envueltos en la disputa ni para la sociedad. De este modo, el conflicto como realidad social es necesario, pero no todos lo son.

Definir el conflicto no es una tarea sencilla. Sus especies son múltiples y difíciles de clasificar en vista de la variedad de actividad conflictiva que puede darse en distintas situaciones humanas y que requieren resolución de posiciones divergentes.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> VINYAMATA, Eduard. *Manual de prevención y resolución de conflictos: Conciliación, mediación, negociación*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 7.

<sup>2</sup> Josep Redorta desarrolla un planteamiento pormenorizado de las distintas concepciones del conflicto, advirtiéndole que al estudiarlos estamos delante un tema complejo. En la obra "Cómo analizar los conflictos", presenta un análisis cuyo fundamento tiene que ver más con las formas que adopta un conflicto que con sus causas, para mayores detalles, ver: REDORTA, Joseph. *Cómo analizar los conflictos: la tipología de conflictos como herramienta de mediación*. Barcelona: Paidós, 2007.

Se verifica la falta de un concepto unívoco y universal del conflicto incluso con la evolución de los estudios sobre el tema. En virtud del carácter interdisciplinario de estas pesquisas, se constatan diferentes acepciones de lo mismo que varían de acuerdo con el enfoque abordado. En otras palabras, un psicólogo, un jurista o un antropólogo establecen conceptos distintos de él.<sup>3</sup>

El estudio de la clasificación de los conflictos conforme sus actores facilita la comprensión de un concepto que servirá de base para este trabajo. Tradicionalmente, se dividen los conflictos en intrapersonales o intrapsíquicos e interpersonales. Los primeros son individuales, se refieren a los que se desarrollan en el interior de uno mismo y en general son objeto de estudio de las ciencias psicológicas. Los segundos, por su parte, suceden entre dos o más personas físicas o jurídicas y son objeto de análisis de diversas ramas científicas: sociología, psicología, derecho, entre otras.<sup>4</sup>

En efecto, para esta pesquisa, se considera que existe conflicto cuando dos o más personas perciben sus objetivos como incompatibles. Por lo tanto, serán analizados los conflictos interpersonales. Según Juan Carlos Vezzulla “El conflicto consiste en querer asumir posiciones que son opuestas a los deseos del otro, que envuelven una lucha por el poder, y que su expresión puede ser explícita u oculta detrás de una posición o discurso encubridor.”<sup>5</sup>

El interés por la resolución de conflictos se ha desarrollado considerablemente en las últimas décadas. Surgieron teorías distintas para

---

<sup>3</sup> Sobre las concepciones del conflicto ver TOUZARD, Hubert. *La mediación y la solución de los conflictos - Estudio psicosociológico*. Barcelona: Herder, 1981, p. 25-77. El autor agrupa las teorías que intentan explicar el acaecimiento de los conflictos en tres grandes grupos: la concepción psicológica, la sociológica y la psicosociológica. La primera analiza el conflicto en el nivel de las motivaciones y de las relaciones individuales; la segunda, a su vez, sitúa al conflicto en el nivel de las estructuras sociales. Por fin, la psicosociológica, que es una mezcla de las anteriores y que sitúa al conflicto en el nivel de la interacción de las variables del individuo y del sistema social.

<sup>4</sup> Sobre los tipos de conflictos ver: ALZATE, Ramón. La dinámica del conflicto. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 37-49.

<sup>5</sup> Traducción del texto original: “O conflito consiste em querer assumir posições que entram em oposição aos desejos do outro, que envolvem uma luta pelo poder, e que sua expressão pode ser explícita ou oculta atrás de uma posição ou discurso encobridor.” Disponible en: VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: Teoria e prática*. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001, p. 24.

evaluar estos fenómenos que nos acompañan a lo largo de nuestra historia. Con el nombre de resolución de conflictos, la comunidad universitaria internacional designa la ciencia del conflicto; una disciplina transversal que recoge innumerables sistemas de conocimientos y que representa un esfuerzo conjunto de la capacidad humana de pensar y actuar a favor de la aplicación positiva en la prevención y resolución de disputas de forma pacífica.<sup>6</sup>

Es importante esclarecer que a menudo los conflictos son interpretados erróneamente como algo destructivo. Su significado está asociado a sentimientos negativos que impiden un apropiado razonamiento sobre la situación. De esta manera, las personas no son capaces de contemplarlo como un fenómeno transitorio que puede proporcionar cambios positivos.

En verdad, el conflicto en sí no es ni positivo ni negativo. Las consecuencias del mismo dependen de la forma como son administrados. Eso es, si bien manejado, el conflicto puede ser constructivo, permitiéndonos valorar nuestras diferencias y haciéndonos evolucionar. Moreno añade que:

La valoración positiva o negativa de un conflicto depende del momento en el que se encuentre la relación entre las partes enfrentadas. Cuando se vive la máxima tensión, en la fase de escalada, es difícil que se pueda valorar la situación como positiva. Otra cosa sucede cuando el conflicto se ha resuelto o se han modificado significativamente las condiciones que o activaron. Si una mujer discute con su esposo sobre el reparto de las tareas domésticas, es muy probable que en la disputa se produzcan situaciones desagradables. En ese momento es extraño que se considere en conflicto como algo positivo. Sin embargo si fruto de la discusión la pareja acuerda una forma de reparto del trabajo que satisfaga a ambos, el esfuerzo y la tensión vivida se dará por bien empleada, se considerará que el conflicto ha sido positivo. El problema está en que la valoración se hace siempre a posteriori dependiendo del resultado de la pugna y no siempre es fácil anticipar

---

<sup>6</sup> Los estudios de psicología social fueron fundamentales para el desarrollo de la “Resolución de Conflictos.” Es notable la contribución de Kurt Lewin, creador del análisis de campo y considerado fundador de la psicología social moderna, el cual estableció una serie de conceptos relacionados con los conflictos y desarrolló ideas contrapuestas de competición y cooperación. Se destaca también la teoría de los juegos (Game Theory), desarrollada por MORGENTHAU, Oskar; NEUMANN, John Von. *The Theory of Games and Economic Behaviour*. Princeton University Press, 1947. Y más recientemente, la obra: BURTON, John. *Conflict: Resolution and Prevention*. Virginia: The Macmillan Press, 1990.

las consecuencias del enfrentamiento. La disputa de la pareja del ejemplo puede llevar al enroque de posiciones o al alejamiento afectivo.<sup>7</sup>

No obstante, al afirmar el carácter positivo del conflicto, no se pretende defender una concepción ingenua de sus consecuencias. Las disputas naturalmente producen enfrentamientos, sufrimientos y muchas otras secuelas negativas. Justamente por eso resulta importante prevenirlas, reconocerlas y resolverlas de forma adecuada, evitando su escalada.<sup>8</sup>

Es importante subrayar que la comprensión del conflicto deriva de un proceso de subjetivación, o sea, cada uno comprende la situación conflictiva a su modo, de acuerdo con su experiencia personal y sus intereses.

Una de las características más complejas psicológicamente y que contribuyen en mayor medida a dificultar la comprensión de todos los elementos que rodean el conflicto quizás sea el conjunto de particularidades que tiene la percepción de los fenómenos que acontecen en su entorno y de las eventuales posibilidades de solución. Y entre esas peculiaridades resulta especialmente relevantes las distorsiones perceptivas y cognitivas con que se afronta el mismo conflicto. Las situaciones sociales que acompañan al conflicto son interpretadas de cómo absolutamente distinto, en función del modo cómo uno es afectado por el conflicto. Las clasificaciones de justo e injusto, verdadero o falso, aceptable o intolerable, etc. Adquieren su sentido y explicación por el lugar que tiene quien califica y el conjunto de implicaciones y consecuencias que genera el conflicto.<sup>9</sup>

Comprender que el ámbito del conflicto no es sólo un espacio de lucha sino de resolución y que la pretensión no debe ser aniquilar el otro sino crear soluciones mutuamente satisfactorias es un desafío solidario para las sociedades actuales, donde se constata una mayor interdependencia de los individuos que precisan negociar a todo instante sus diferencias. En este contexto, se evidencia la necesidad de mutación en la esfera de la cultura y en la consciencia de los ciudadanos para transformar la mentalidad adversativa.

---

<sup>7</sup> MORENO, Florentino. La mediación y la evolución histórica de la idea de conflicto. En: GONZÁLEZ, Nicolás y otros (Director). *Mediación: Un método de ? Conflictos- Estudio interdisciplinar*. Madrid: Colex, 2010, p. 29.

<sup>8</sup> Sobre los factores positivos y negativos derivados del conflicto ver: GUILLÉN, Carlos; LEÓN, José. El conflicto interpersonal. En: SANCHEZ PERÉZ, José (Coord.) *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2005, p. 82-83.

<sup>9</sup> SERRANO, Gonzalo. Percepción y conflicto En: GONZÁLEZ, Nicolás y otros (Director). *Mediación: Un método de ? Conflictos- Estudio interdisciplinar*. Madrid: Colex, 2010, p. 29.

Queda un largo camino hacia este cambio de paradigma que incentiva el rompimiento con la cultura litigiosa, enraizada en la sociedad. El movimiento iniciado en los Estados Unidos en la década de los setenta y hoy divulgado en el mundo, llamado “Alternative Dispute Resolution- ADR” representa una vía para la introducción de mecanismos que incentivan la voluntariedad y la comunicación en la resolución de conflictos. En el próximo tópico se estudiará de forma más detallada las principales técnicas complementarias de solución de disputas: negociación, conciliación, mediación y arbitraje.

En resumen, debemos comprender la naturalidad y transitoriedad de los conflictos, utilizando formas apropiadas para su planteamiento. La solución no es evitarlo y si enfrentarlo con dignidad, haciendo uso del diálogo transformativo y de la solidaridad. Son oportunas las palabras de José Sánchez Pérez:

El conflicto es natural a la convivencia. En consecuencia, más que evitarlo, se trata de aceptarlo y gestionarlo deliberadamente; pero, en cualquier caso se trata de asumirlo como un componente más de nuestra propia existencia. Para muchos significará aprender a vivir; trabajar y sentir en contextos de tensión.<sup>10</sup>

## **1.1 Mecanismos complementarios de solución de conflictos**

Los denominados medios complementarios son instituciones no jurisdiccionales, voluntarios, que tienen la finalidad dirimir las controversias entre los entes de la sociedad. Estos métodos, comúnmente llamados de ADR (*Alternative Dispute Resolution*), empezaron a ser investigados en los sesenta en los Estados Unidos y desde entonces se desarrollaron en el resto del mundo.<sup>11</sup> En gran parte de los países, se admitió la traducción literal de la

---

<sup>10</sup> SÁNCHEZ PÉREZ, José. Aproximación genérica al conflicto. En: SÁNCHEZ PÉREZ, José (Coord.) *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2005, p.26.

<sup>11</sup> La Universidad de Harvard inició en la década de los sesenta las investigaciones en resolución de conflictos, más precisamente con la negociación, expandiendo los estudios hacia los otros métodos que conocemos en la actualidad. El proyecto de Harvard hasta hoy es referencia en “*Alternative Dispute Resolution*”. Para mayores detalles ver informaciones disponibles en: [www.pon.harvard.edu](http://www.pon.harvard.edu). Acceso en 29.01.2008.

denominación anglosajona: “Medios Alternativos de Solución de Controversias-MASC.”

En Europa, el proceso de incorporación de los medios “alternativos” de solución de conflictos se intensificó en las últimas décadas. El reflejo de este fenómeno se percibe en la atención especial de las instituciones comunitarias para el incremento de estos mecanismos, las cuales han publicado reiterados documentos sobre la materia.<sup>12</sup> En Brasil el origen de la mediación se sitúa en la década de los noventa y está vinculado a la tentativa de solucionar los obstáculos de la administración de justicia en el país y a las aspiraciones de la ciudadanía más participativa.

Cumple destacar como ejemplos clásicos de mecanismos “alternativos” de solución de conflictos: la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje. Los tres primeros consisten en medios autocompositivos porque son las partes las que eligen la solución para sus propios conflictos. El arbitraje, por su parte, es juntamente con el Poder Judicial un medio heterocompositivo, ya que la decisión de la disputa es impuesta por un tercero, *in casu*, el juez arbitral.

Juntamente con estas formas clásicas, se han desarrollado una serie de procedimientos híbridos provenientes de culturas jurídicas distintas. Se trata de un conjunto de figuras todavía no delimitadas que generalmente tienen aspectos bastante semejantes a los procedimientos tradicionales.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Un buen ejemplo es el documento elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas, de 19 de abril de 2002, titulado “Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil”, que recibió innumerables respuestas y observaciones. Sobre el interés de la Unión Europea por los mecanismos “alternativos” de solución de conflictos, ver: MARTÍN, Fernando. Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos. En: ARAMAYO, Maria Silvia (Coord.). *Introducción al derecho del Arbitraje y Mediación*. Salamanca: Ratio Legis, 2006, p. 71-96.

<sup>13</sup> De estas figuras híbridas se puede destacar: la negociación con opinión consultiva (*Med-Arb*); la negociación sin opinión consultiva ante un juez (*Judge Hosted Negotiation*); la negociación reguladora (*Reg-Neg* o *Negotiated Rulemaking*); el arbitraje con oferta final (*Baseball Arbitration*); forma sofisticada de solución de controversias que combina elementos de la negociación privada, la mediación y la adjudicación (*Minitrial*); negociaciones paralelas al proceso judicial (*Two-Track Approach*); proceso híbrido de mediación y arbitraje (*Med-Then-Arb*); procedimiento paralelo al proceso de mediación y previo al arbitraje (*Shadow-Mediation* o *Cod-Med-Arb*); la evaluación neutral que consiste en un análisis confidencial de un auditor y

Angelina Ferreira y Cristina Gonzáles afirman que los medios “alternativos” de solución de conflictos se manifiestan de un modo general:

- Desde el punto de vista de su implantación, son procesos voluntarios y consensuados;
- Desde el punto de vista del trámite, se caracterizan por las amplias facultades de disposición para acordar sobre el procedimiento y porque en sus actuaciones rige el principio de informalidad y de confidencialidad. También respetan el principio de personalidad y cooperación, en el cumplimiento de sus actuaciones;
- Desde el punto de vista de su objeto: el derecho sustancial que a través de ellos se actúa debe ser disponible.<sup>14</sup>

Son procedimientos voluntarios porque las partes disponen de la facultad de elegir el método que mejor les conviene para el arreglo de sus conflictos. Esta voluntariedad se manifiesta en distintos niveles en los clásicos medios complementarios. En la negociación, conciliación y mediación, la voluntariedad se proyecta en todo el trámite. Son las partes las que por un acto de mutua voluntad optan por determinado procedimiento, dan seguimiento o encierran el proceso y, principalmente, deciden la cuestión. Es fundamental resaltar que los medios autocompositivos constituyen procesos consensuados porque la solución es encontrada en un consenso reconocido por las partes y no impuesta por un tercero. En el arbitraje, la voluntariedad está sólo en su origen, puesto que, una vez suscrito el compromiso arbitral, las partes deben someterse a la decisión del juez.

Cumple añadir que estos procedimientos son en mayor o menor grado informales, pues no hay el sometimiento a reglas estrictas y rituales. Los

---

sirve de base a la mediación; procedimiento similar al arbitraje, pero que el análisis escrito emitido por el tercero sirve para intentar que las partes lleguen a un acuerdo por sí mismas (*Summary Bench*); la evaluación inicial de expertos; procedimiento de tentativa de solución de conflicto a nivel interno, por medio de una investigación, realizada por persona designada por la propia organización que genera el conflicto (*Ombudsperson*); informe de tercero neutral aportando recomendaciones no vinculantes, pero sí admisibles ante un tribunal (*Fact-Finding Binding*).

En ese sentido, ver: PAZ, Loveras, E. *Libro blanco sobre mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos. Proyecto i-confianza: autorregulación y sistemas extrajudiciales off-line y on-line de solución de conflictos para entornos de comercio electrónico*, Madrid: AENOR, 2002.

<sup>14</sup> FERREIRA De la RUA, Angelina; GONZÁLEZ, Cristina. *Lineamientos para un Proceso Civil Moderno*. Buenos Aires: Ediar, 1997, p. 220.

autocompositivos se caracterizan por la flexibilidad. El arbitraje, a su vez, se asemeja al proceso judicial, presentando ciertas formalidades.

La confidencialidad también es trazo característico de estos instrumentos. En otras palabras, todo lo discutido en el proceso es sigiloso, con excepción de situaciones que configuren delitos de orden pública.

Por fin, los mecanismos complementarios sólo pueden tratar de cuestiones que alberguen derechos disponibles porque deben estar de acuerdo con las legislaciones vigentes en el país. Así, en los casos en que un pronunciamiento judicial no sea imprescindible, se permite a las partes trabajar de manera creativa para obtener una solución.

El término “alternativo” está dispuesto entre comillas porque decir que la negociación, mediación, conciliación y arbitraje son alternativas al proceso judicial es cuestionable. El Diccionario de la Real Academia Española define la palabra “alternativa” como: opción entre dos o más cosas; cada una de las cosas entre las cuales se opta. De este modo, estos mecanismos serían una alternativa al Poder Judicial si las partes pudiesen elegir libremente entre uno u otro, es decir, si ellos fuesen sustituibles entre sí, pero esta elección no es siempre posible. La actuación del Estado es imprescindible en la solución de determinados conflictos y los medios “alternativos” deben respetar el principio de la legalidad.

Estos instrumentos representan posibilidades adicionales para las personas en situaciones conflictivas. En este sentido, el Poder Judicial continuará desempeñando su función de interpretar y aplicar el derecho, puesto que en los actuales sistemas judiciales, los juzgados y tribunales tienen la exclusiva competencia para juzgar y ejecutar lo juzgado.<sup>15</sup> De esta manera,

---

<sup>15</sup> El artículo 117.3 de la Constitución Española contempla la exclusividad y la integridad de la función jurisdiccional. La exclusividad tiene una vertiente positiva reconducible a que los Jueces y Magistrados sean los únicos que juzguen y hagan ejecutar lo juzgado, sin injerencias de los otros poderes del Estado o de otras instancias. Del mismo modo, la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 establece en el artículo 5, XXXV, que la ley no excluirá de la apreciación del poder judicial cualquier lesión o amenaza a los derechos. Traducción Del texto original: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”



sólo cuando el ordenamiento jurídico autorice, las partes pueden adoptar por otras formas de arreglo para producir soluciones jurídicamente aceptables.

En definitiva, estos mecanismos no excluyen ni sustituyen el Judicial, en realidad ellos se complementan. Con su utilización se favorecerá este Poder, resguardándolo para los casos en que la participación del estado es indispensable. El profesor Hierro advierte que “La virtualidad de todas esas experiencias de justicia informal no puede consistir, por lo tanto, en ser propiamente vías alternativas al proceso judicial sino solamente en ser vías posibles para prevenirlo.”<sup>16</sup>

El término “alternativo” también es criticado porque puede fatalmente inducir al error de confundir estas nuevas formas de solución de conflictos con el uso alternativo del derecho, lo que representaría un grave riesgo para la construcción de la democracia, principalmente en los estados donde el proceso democrático no está debidamente consolidado.

Por todo eso, la denominación adecuada a estos mecanismos y utilizada en la actualidad es: “medios complementarios”. De hecho, auxilian el Poder Judicial en el desempeño de la función de arreglar conflictos, estableciendo con él una relación de cooperación y no de competición. Cada cual debe cumplir el papel de dirimir los problemas a que se ajustan.

Incluso, creo que los medios “alternativos” no surgieron para desahogar el Poder Judicial. ¿Qué ocurriría con estos medios cuando los mismos también estuviesen agotados? ¿Sería necesario crear nuevos instrumentos? ¿Hasta cuándo se daría este ciclo? Asimismo, una persona no utiliza la mediación o el arbitraje con el propósito de aliviar el Poder Judicial y si de encontrar una solución apropiada para su problema.

---

<sup>16</sup> HIERRO, Liborio. Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC)- Ética y deontología de la mediación. En: HEREDIA, Iván. *Medios alternativos de solución de controversia- Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 11, 2007, p. 33.

En efecto, con la utilización de estas técnicas a largo plazo, se podrá percibir una cierta disminución del número de demandas judiciales – solamente de aquellas que puedan prescindir de la actuación del aludido Poder – pero este alivio en las demandas no es la finalidad primordial de los nuevos mecanismos.

Las sociedades actuales se estructuran de forma más democrática, donde los individuos son más autónomos e independientes. La expansión de las aspiraciones por la participación ciudadana en todos los niveles sociales y políticos también se refleja en el ámbito de la solución de conflictos, generando una búsqueda por formas participativas. Los mecanismos complementarios, en especial los autocompositivos, representan formas que privilegian la voluntad y la actuación efectiva de las partes.

Los principales medios complementarios de solución de conflictos establecidos en la literatura correspondiente son: negociación, conciliación, mediación y arbitraje. Cada uno tiene características propias que los distinguen unos de los otros. Es importante advertir que no es conveniente hacer comparación de mérito entre estos instrumentos, pues uno no es mejor o peor que otro, pero se revelan más adecuados a determinados tipos de controversias.

#### 1.1.1 Negociación

De una forma sencilla, se puede decir que la negociación es la manera más simple y usual de resolución de conflictos. En nuestro día a día negociamos en todo instante variadas cuestiones, desde cosas banales hasta importantes decisiones y muchas veces tendemos a no darnos cuenta de la importancia de tal herramienta en nuestras vidas.

La palabra negociación proviene del latín "*negotiatio*". De acuerdo con la Real Academia Española significa acción y efecto de negociar.<sup>17</sup> Hay distintos conceptos para definir la negociación. Según Luís María Bandieri,

Podemos definirla como un proceso, al cual se vuelcan voluntariamente las partes en conflicto para intentar obtener sus objetivos, en un intercambio mutuo de pareceres y propuestas, mediante la búsqueda de un acuerdo con el otro, deponiendo momentáneamente la hostilidad.<sup>18</sup>

La definición de Bellanger recogida por Munduate y Martínez considera la negociación como:

Una confrontación entre protagonistas estrecha y fuertemente interdependientes, ligados por una cierta relación de poder, y presentando una mínima voluntad de llegar a un acuerdo, y de reducir las diferencias para llegar a una solución aceptable en función de sus objetivos y del margen de maniobra que se hubiesen otorgado.<sup>19</sup>

La negociación puede realizarse entre las propias partes o por sus representantes legales.<sup>20</sup> La diferencia fundamental entre este mecanismo y los demás es que no hay la participación de un tercero en las soluciones.

Cada vez más, se habla de la negociación como una técnica; de profesionalidad en negociación. Como sugiere Mercedes Costa García: "Podemos decir que "el negociador nace pero también se hace". De ahí la necesidad de "negociar con método y con persuasión", en definitiva, de negociar con *profesionalidad*."<sup>21</sup>

De este modo, la capacidad de negociar es una habilidad innata que se manifiesta en las personas en distintos grados. Por otro lado, negociar bien

---

<sup>17</sup> Definición disponible en: <http://buscon.rae.es>. Acceso en 12.02.2008.

<sup>18</sup> BANDIERI, Luís. La Negociación. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros M. (Coord.) *Medición y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 114.

<sup>19</sup> MUNDUATE, Lourdes; MARTÍNEZ, José. *Conflicto y Negociación*. Madrid: Pirámide, 1998, p. 63.

<sup>20</sup> En el sistema norteamericano, es común la negociación con la intervención de terceros, denominada "negociación asistida", que se asemeja a la conciliación o la mediación, dependiendo de la postura del negociador.

<sup>21</sup> COSTA, Mercedes. La negociación. En: HINOJOSA, Rafael (Coord.). *Sistemas de Solución Extrajurisdiccional de conflictos*. Madrid: Ramón Areces, 2006, p. 18.

no es aptitud de todos y si una característica que se adquiere a lo largo de los años, sobre todo mediante formación específica en el tema y mucha práctica.

Para que se produzca una negociación, Medina y Munduate indican que son indispensables determinadas condiciones:<sup>22</sup>

- *Hay dos o más partes implicadas*, sean personas, grupos, organizaciones o naciones, entre las cuales existe una cierta interdependencia.

- *Aparece un conflicto de intereses subyacente*. Debe haber la existencia de un mínimo de intereses comunes y contrapuestos entre las partes.

- *Existe una cierta relación de poder entre las partes*.<sup>23</sup> Para que se produzca una negociación es necesario que haya un cierto equilibrio de poder; una autonomía reconocida recíprocamente. Eso no significa que deba haber necesariamente equilibrio de fuerzas entre las partes, lo que no suele ocurrir en las relaciones interpersonales. Pero la relación de fuerzas en una negociación no debe ser demasiada desigual.

- *Existe la voluntad de llegar a un acuerdo*. En un proceso de negociación, el cual es voluntario, existe aunque sólo sea una mínima voluntad de llegar a un acuerdo y un cierto margen de maniobra.

- *Se produce un proceso sistemático de ofertas y contraofertas*. A lo largo del procedimiento las posiciones iniciales de cada uno de los

---

<sup>22</sup> MEDINA, Francisco; MUNDUATE, Lourdes. La naturaleza de la Negociación. En: MEDINA, Francisco; MUNDUATE, Lourdes (Coord.) *Gestión del conflicto, Negociación y Mediación*. Madrid: Pirámide, 2005, p. 120-121.

<sup>23</sup> En la misma obra que presenta tales condiciones comunes a las negociaciones, hay un capítulo que se refiere de modo especial al poder y procesos de influencia en la negociación. En términos generales, indica que las partes en una actividad negociadora suelen inducir a su opositor a pensar que ella controla los recursos, de que la otra parte necesita esos recursos y que está dispuesta a utilizar el poder. O sea, hay una acción manipulativa del poder. Para mayores informaciones ver: MARTÍNEZ-CORTS, Inés; GUERRA, José Manuel; MUNDUATE, Lourdes. Poder y Procesos de influencia en la negociación. En: MEDINA, Francisco; MUNDUATE, Lourdes (Coord.) *Gestión del conflicto, Negociación y Mediación*. Madrid: Pirámide, 2005, p. 183-200.

negociadores se van modificando y se observa un acercamiento hacia el acuerdo.

- *En las negociaciones existen aspectos tangibles e intangibles.* Los primeros son por ejemplo los aspectos económicos de la controversia. Los segundos, por su parte, están relacionados con los aspectos psicológicos y sociales, los cuales suelen tener gran relevancia en el proceso negociador.

Es importante añadir que es indispensable haber posibilidad de diálogo para que se produzca una negociación. En otras palabras, las partes deben estar abiertas a la comunicación.

#### 1.1.1.1 Clases de negociación

De acuerdo con los resultados, existen dos tipos básicos de negociación: distributiva e integrativa. La distinción de estas dos formas tiene origen en el trabajo de Walton y Mckersie que aborda la negociación colectiva.<sup>24</sup>

La distributiva, también conocida como negociación de suma cero, se basa en la lógica ganador-perdedor. Los resultados están para las partes inversamente relacionados; lo que una gana es a costa de lo que la otra pierde. Cada una actúa con estrategias y tácticas competitivas, intentando maximizar su ganancia, principalmente cuando los recursos son escasos. En general, tales resultados perjudican las relaciones a largo plazo.

La negociación integrativa, comúnmente denominada de suma variable, se caracteriza por intentar una integración entre los participantes, como el propio nombre sugiere. Los resultados de las partes pueden estar directamente relacionados, de forma que posibilita que ambas sean beneficiadas a través de la mejor distribución de los recursos. Este modelo

---

<sup>24</sup> WALTON, R.; MACKERSIE, R. *A behavioral theory of labor relations*. New York: McGraw-Hill, 1965.

es más constructivo y presenta claras ventajas, ya que incrementa la satisfacción de los negociadores y mejora sus relaciones futuras.

Para lograr una negociación integrativa se aconseja incorporar nuevos elementos económicos, sociales o temporales al conflicto. La literatura sobre el tema denomina este acto de: “expandir o incrementar el pastel.” Se aconseja también crear nuevas opciones que no coincidan con los intereses iniciales de ninguna de las partes, pero que las satisfaga mutuamente: “contemplar distintos modos de trocearse el pastel.”<sup>25</sup>

Desde los años setenta, se observa la proliferación de teorías y obras que se refieren al tema, objetivando establecer criterios universalmente válidos para una buena transacción. Se destacan los estudios de Ury William,<sup>26</sup> el cual determina preceptos básicos para una negociación integrativa exitosa:

- Considerar el conflicto como manifestación de un problema que es necesario resolver;
- Separar las personas del núcleo del problema, para concentrarse exclusivamente en este último;
- Los intereses de las partes deben traerse a la luz perforando los posicionamientos de las partes: concentrarse en los intereses, no en las posiciones;
- Los diálogos, deben orientarse mirando hacia el futuro; los problemas deben ser aislados de su historia y contexto;
- Generar una variedad de opciones antes de decidir qué hacer (preferir las que satisfagan de algún modo los intereses de ambas partes);
- Insistir en que las propuestas se basen en estándares objetivos (tasaciones, pericias, ley, jurisprudencia, etc.)

Para lograr una negociación exitosa también es importante hacer una buena preparación y planificación de la negociación, identificando la presencia de las partes cuyos intereses serán discutidos; analizando su

---

<sup>25</sup> Respecto del tema ver: RUBIN, J.; PRUITT, D; KIM, S. *Social Conflict Escalation: Stalemate and Settlement*. New York: MacGraw-Hill, 1994.

<sup>26</sup> Ury William, juntamente con Roger Fisher, forma parte del proyecto de negociación de Harvard y publicó importantes obras sobre el tema de la negociación. Ver: URY, William, y otros. *Sí de acuerdo. Cómo negociar sin ceder*. Colombia: Norma, 1994.

\_\_\_\_\_. *Supere el no: Cómo negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles*. Barcelona: Ediciones Gestión 2000, 1997.

\_\_\_\_\_. *Alcanzar la paz resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*. Madrid: Paidós, 2005.

\_\_\_\_\_; FISHER, Roger. *Obtenga el sí: El arte de negociar sin ceder*. Barcelona: Gestión 2000, 2005.

mejor alternativa a un acuerdo negociado - MAAN<sup>27</sup>- lo que significa que cada parte debe evaluar concretamente cual es la mejor alternativa posible para sus intereses, dentro y fuera de la negociación; poniéndose en la situación de la otra parte para conocer sus posibilidades y sus reacciones.

A menudo, las negociaciones son mixtas, ni solamente integrativas ni distributivas. La cooperación depende de diversos factores que varían desde la relación previa de las partes, así como de la necesidad y del deseo de mantener vínculos.

De esta suerte, lo que sucede en una negociación es un intercambio en que cada parte debe estar dispuesta a negociar sus intereses a partir del análisis de las propuestas que van surgiendo a lo largo del procedimiento.

Un buen negociador, según Mercedes Costa, es aquél que es: informado, sereno, seguro, empático, versátil y creativo.<sup>28</sup> El negociador debe mantener el control emocional; proyectar una estrategia basada en todas las formas verbales y no verbales de comunicación, así como tener autoconocimiento y conocimiento del otro para evaluar adecuadamente las propuestas discutidas.

La negociación es un procedimiento informal que se acomoda a las necesidades de cada caso porque no existen reglas fijas para su desarrollo. Sus resultados pueden producir efectos jurídicos de acuerdo con la voluntad de las partes y con la viabilidad jurídica de lo que fue decidido. En estos casos, se convierte en una transacción<sup>29</sup> desde un punto de vista legal, cuyo contenido debe ser judicialmente homologado, ya sea antes de iniciar el litigio o finalizándolo por el acuerdo extrajudicial.

---

<sup>27</sup> La sigla MAAN – Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado- deriva de la correspondiente en inglés: BATNA – *Best Alternative To a Negotiated Agreement*.

<sup>28</sup> COSTA, Mercedes. *Op. Cit.*, 2006, p. 58-59.

<sup>29</sup> Sobre la transacción ver el Libro IV: Título XIII: Capítulo Primero, del Código Civil Español, que aborda las transacciones.

La negociación, en muchas ocasiones, consiste en la primera tentativa de arreglo de un enfrentamiento; una etapa anterior a los otros medios complementarios de solución de conflictos, estudiados a continuación.

### 1.1.2 Conciliación

En la conciliación, las partes intentan resolver sus divergencias con auxilio de un tercero, denominado conciliador. Incluso con la participación de este profesional, se trata de un medio autocompositivo, pues son las partes las que deciden la cuestión. Juan Montero Aroca, refiriéndose a la conciliación como actividad, afirma que:

En este sentido y en general por conciliación hay que entender la actividad desarrollada por las partes en un conflicto de intereses y ante un tercero, dirigida a obtener una composición justa del mismo. Esa actividad puede desarrollarse tanto ante un particular como ante un órgano público en sentido amplio, es decir, bien porque es creado por el Estado, bien porque es autorizado por éste concurriendo determinados requisitos, pero el ordenamiento jurídico no puede descender a regular conciliación actividad ante personas privadas, debiendo limitarse a prever la actividad conciliadora cuando puede o debe realizarse ante órganos establecidos expresamente por el Estado o constituidos conforme a sus disposiciones.<sup>30</sup>

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobó la Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional, de 24 de junio de 2002, la cual establece en su artículo 1.3 que: “se entenderá por “conciliación” todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (“el conciliador”), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de

---

<sup>30</sup> MONTERO, Juan. *La conciliación previa o extrajudicial en el proceso laboral- Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 11.

Es importante esclarecer que este autor distingue tres perspectivas del estudio de la conciliación: la primera es la conciliación como actividad conciliadora, que se traduce en un sistema de autocomposición de conflictos. La segunda es la conciliación como contrato de transacción. Aquí cabe utilizar la palabra conciliación desde la perspectiva de su resultado: “las partes han conciliado”. Por fin, la conciliación puede contemplarse desde la perspectiva del proceso posterior y entonces se trata de un presupuesto procesal.



una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas. El conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia.<sup>31</sup>

#### 1.1.2.1 Clases de Conciliación

Se clasifican las conciliaciones según el tercero que interviene en el conflicto en conciliación judicial y extrajudicial. En la primera, el conciliador es un órgano judicial y su finalidad es establecer un acuerdo para evitar un proceso judicial o poner término al ya comenzado.<sup>32</sup> La modalidad extrajudicial carece de legislación específica y se le aplican, del mismo modo que en la negociación, las normas referentes a la transacción.

Se respeta el principio de autonomía de la voluntad, permitiendo a las partes articular el conflicto de la forma que las conviene, tratándose de derechos disponibles. Si hay acuerdo, en el caso de la conciliación extrajudicial, las partes pueden dirigirse al tribunal correspondiente para que haya la homologación de lo que fue decidido, constituyendo un título de ejecución.

La modalidad judicial consiste en el acto conciliatorio que se intercala en el primer momento del proceso con la finalidad de suprimir el nacimiento de un proceso principal ulterior, mediante el intento de un acuerdo pacífico entre las partes. De esta manera, la conciliación tiene carácter preprocesal o intrapprocesal. La conciliación previa o preprocesal es la que tiene lugar antes

---

<sup>31</sup> La Ley Modelo establece un régimen uniforme del procedimiento de conciliación, que tiene por finalidad facilitar el recurso a la conciliación y fomentar la predictibilidad y certeza jurídica para la utilización de este mecanismo de solución de conflictos. A fin de eliminar la incertidumbre inherente a la ausencia de un régimen legal de la conciliación, La Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional, de 24 de junio de 2002, aborda los aspectos procesales de esta vía extrajudicial para la resolución de controversias, al regular la designación de conciliadores, el inicio y la clausura del procedimiento, la sustanciación de las actuaciones, la comunicación entre el conciliador y las partes, la confidencialidad y la admisibilidad de pruebas en otros procedimientos, así como ciertas cuestiones ulteriores a la conciliación como pudiera ser la actuación del conciliador a título de árbitro y la ejecutoriedad del acuerdo de transacción.

<sup>32</sup> Sobre las clases de conciliación, ver: ROMERO, M. Isabel. *La conciliación en el proceso laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 34-35.

del inicio del proceso, mientras que la intraprocesal se produce después que el proceso ya fue originado.

La conciliación también es clasificada en obligatoria y voluntaria, dependiendo de que se exija o no el intento conciliatorio antes del proceso.

#### 1.1.2.2 Ámbitos de la conciliación

De un modo general, la conciliación puede ser aplicada a todos los tipos de conflictos que traten de derechos disponibles y que no necesiten de la actuación del Poder Judicial. Sin embargo, es en el ámbito civil, sobre todo en el laboral, que la conciliación es más utilizada.

En el Proceso Civil, la conciliación está regulada en los artículos 415 y siguientes, de la Ley 1/ 2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que trata del intento de conciliación o transacción. En Brasil la Ley de Enjuiciamiento Civil también prever la posibilidad de conciliación y transacción<sup>33</sup>. En ambos países el procedimiento adoptado se desarrolla de la siguiente manera: en efecto, comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas. Si manifestaren haber llegado a un acuerdo o si mostraren dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado. En este caso, el tribunal examinará previamente la existencia de los requisitos de capacidad jurídica y poder de disposición de las partes o de sus representantes debidamente acreditados, que asistan al acto. El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de

---

<sup>33</sup> Está en trámite en el Congreso Nacional la nueva propuesta para la Ley de Enjuiciamiento Civil que prever un capítulo especial sobre los auxiliares de la justicia, considerados como conciliadores y mediadores judiciales. Determina la creación de un Registro General para estos profesionales y establece padrones para la realización de la audiencia de conciliación. De acuerdo con Ada Pellegrini Grinover, importante procesalista brasileña, una vez aprobado este Proyecto de Ley será fortalecidos los institutos de la conciliación y de la mediación en el país. PELLEGRINI, Ada. Conciliação e Mediação Judiciais no Projeto de Novo Código Civil. En: PELUSO, Antonio Cezar y otros (Coord.). *Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 180.

sentencias y convenios judicialmente aprobados. Dicho acuerdo podrá impugnarse por las causas y en la forma que se prevén para la transacción judicial. Si las partes no hubieren llegado a un acuerdo o no se mostraren dispuestas a concluirlo de inmediato, la audiencia previa continuará según lo previsto en los artículos siguientes.

De este modo, la conciliación judicial tiene lugar en la audiencia previa.<sup>34</sup> En la experiencia de diversos países, así como en España y Brasil, el resultado de las conciliaciones en el ámbito civil es escasamente satisfactorio en contraste con la notable virtualidad en la solución de conflictos de naturaleza laboral.

En materia laboral en España, la conciliación está regulada en la Ley de Procedimiento Laboral, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. La conciliación previa es abordada en los arts. 63-68, 84 y otros. Establece en el art. 63 que será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos. Así, se exige de las partes el intento de conciliación antes de acudir directamente a los tribunales.<sup>35</sup>

La ley admite una doble concepción de la conciliación obligatoria: judicial y extrajudicial. Exige la tentativa de arreglo, pero permite la adopción de una solución extrajudicial. Estas posibilidades me parecen adecuadas no sólo por la economía procesal que ofrece, sino también por posibilitar la participación de las partes en el manejo del conflicto. Es importante esclarecer que se podrá aprobar la avenencia en cualquier momento antes de dictar sentencia (art.84, 2).

---

<sup>34</sup> Respecto de la audiencia previa ver: GUILLÉN, Víctor. *La audiencia previa: Consideraciones Teórico-prácticas (Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000)*. Madrid: Civitas, 2000.

<sup>35</sup> En la siguiente pagina de Internet, se puede observar las estadísticas de las conciliaciones laborales en España. <http://www.mtin.es/estadisticas/bel/MAC/index.htm>. Acceso en 25/05/2008.

En Brasil, la ley estableció que la solución extrajudicial de los conflictos laborales será realizada por las Comisiones de Conciliación Previa, los Núcleos Sindicales de Conciliación Laboral y por el Ministerio Público Laboral que actúan en mediaciones colectivas.<sup>36</sup> Las partes no están obligadas a utilizar la conciliación en el ámbito extrajudicial, sin embargo, en el ámbito judicial es imprescindible que haya la tentativa de acuerdo. Incluso, esta es una de las causas de nulidad procesal. La conciliación judicial es desarrollada en los propios órganos judiciales y son coordinadas por el juez de la acción. El juez no debe celebrar y homologar un acuerdo que repercuta en notable perjuicio para el empleado; que genere gastos excesivos, fuera de los parámetros de normalidad, para el empleador; que establezca prestaciones sucesivas en un espacio temporal muy amplio, al punto de dificultar el acompañamiento y pueda generar nuevos conflictos; permita que las partes logren un acuerdo con cláusulas prohibidas por el ordenamiento jurídico brasileño.<sup>37</sup>

Juan Carlos García Quiñones apunta algunas claves del desarrollo de la institución en el ámbito laboral: La acomodación de la conciliación a los presupuestos sociológicos del Derecho del Trabajo; la configuración de la conciliación judicial como resultado de la tendencia adoptada por el Derecho Laboral favorable hacia el contrato y las técnicas paccionadas y convencionales, a salvo el respecto del artículo 24.1 de la CE, en contraste con la opción de otorgar prevalencia a las decisiones unilaterales e imperativas adoptada por otras ramas del ordenamiento jurídico, cual sucede, por ejemplo, en el Derecho Administrativo; el papel activo del juez sentenciador en la formación del acuerdo, haciendo las veces de buen conciliador, fruto de la confianza del legislador hacia su figura, por encima de posturas reticentes respecto a la intervención en la conciliación del mismo juzgador que habrá que

---

<sup>36</sup> Para mayores detalles, ver arts. 625-D y 625-H de la Consolidación de las Leyes Laborales; Ley Complementar n. 75/83 y Decreto Ley 229/67. Disponibles en: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acceso en 22/03/2008.

<sup>37</sup> Sobre la mediación judicial laboral en Brasil: GOULART, Adriana. A Conciliação Judicial Trabalhista em uma política de tratamento adequado e efetivo conflitos de interesse. En: PELUSO, Antonio Cezar y otros (Coord.). *Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 115-140.

resolver la controversia suscitada, mediante sentencia, una vez concluido el proceso judicial.<sup>38</sup>

En la práctica, la conciliación previa no presenta gran efectividad porque en general es considerada una mera formalidad. José Luis Gil y Gil argumenta: “En muchos casos, las partes la consideran como mero trámite, previo a la intervención judicial. El letrado conciliador se limita a constatar el acuerdo o desacuerdo de las partes, y no se produce una verdadera negociación en el acto de conciliación. Cuando existe acuerdo, con frecuencia este se debe a una negociación previa entre las partes.”<sup>39</sup>

En España, la conciliación también es utilizada en el ámbito penal a través del instituto de la conformidad,<sup>40</sup> dispuesto originalmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882). A esa normativa se le han introducido preceptos a través de sucesivas leyes modificativas o complementarias. Ese proceso culminó con la publicación de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado y del régimen de la conformidad. Actualmente, este instituto está recogido en los arts. 655, 688 a 700, 779.5.<sup>a</sup>, 784.3, 787 y 801 de la LECrim y art. 50 de la Ley del Jurado, bajo dos diferentes modalidades de conformidad: ordinaria y privilegiada. De este modo, el legislador ha venido

---

<sup>38</sup> GARCÍA, Juan Carlos. *La conciliación Judicial en el Proceso Laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 30-33.

<sup>39</sup> GIL, José Luis. La solución negociada de los conflictos individuales de trabajo. En: GIL, José Luis (Coord.). *Los procedimientos negociados de solución de los conflictos laborales*. Madrid: La Ley, 2008, p. 131.

<sup>40</sup> Sobre el tema ver: MORENO, Jaime. *La conformidad en el proceso penal: especial referencia al procedimiento abreviado y juicio rápido*. El autor hace un estudio detallado de la conformidad en el proceso penal, advirtiendo que “el conocimiento de los límites, requisitos y efectos de las conformidades deviene esencial. Igualmente no cabe olvidar que la conformidad exigirá no sólo calibrar la pena que pudiera ser impuesta sino también la posible aplicación de la sustitución de dicha pena o de la suspensión condicional de la misma (arts. 80 y ss CP en relación con el artículo 801.3 LECrim). Finalmente, en definitiva, habrá que valorar para una adecuada decisión el estado de la prueba, la posibilidad, por ejemplo, de suspensión por incomparecencia de testigos, habrá necesariamente que ponderar la justicia del ofrecimiento que desde la acusación pública se formule. En fin, muchos factores a tener en cuenta, lo que unido a que el Fiscal ha de respetar escrupulosamente el mandato contenido en el artículo 2 LECrim, consignando tanto lo adverso como lo favorable al reo en la búsqueda de una posición legal, imparcial y justa, permiten señalar que la cuestión, en ocasiones, puede resultar nada sencilla.” Disponible en: <http://www.cej.justicia.es/>. Acceso en 20/03/2008.

potenciando la solución consensuada para determinados conflictos de naturaleza penal.

La institución procesal de la conformidad entre acusación pública o privada, acusado y abogado defensor puede servir simbólicamente para materializar el acuerdo entre las partes, en lo correspondiente a los hechos objeto de la acusación, la pena a ser interpuesta y la determinación de la responsabilidad civil. No obstante, se la critica porque muchas veces ocurre sin previa escucha de la víctima, que debería ser vista como parte principal del proceso. Los acusados también suelen ser perjudicados por una mala preparación de la defensa, que fatalmente encierra en una conformidad que no representa verdadera ventaja. Este instrumento podría tener otra dimensión, si aprovecharse el carácter conciliador para atender a los intereses de las víctimas y de los acusados por medio del diálogo.<sup>41</sup>

#### 1.1.2.3 Análisis comparativo entre conciliación y mediación

Las distinciones entre la conciliación y la mediación no están suficientemente claras en la doctrina tampoco en la práctica. No obstante las semejanzas, se puede sugerir diferencias entre las dos modalidades que distinguen sus métodos y finalidades. En este trabajo, a partir de la experiencia en el tema, se establecerán puntos fundamentales para la comprensión de estos procedimientos.

La primera distinción que se puede sugerir está relacionada con los tipos de conflictos adecuados a la conciliación y a la mediación. Juan Carlos Vezzula esclarece que:

---

<sup>41</sup> Sobre las críticas a la conformidad ver: RÍOS, Juan Carlos. La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal. En: SAÉZ, Ramón; ORTUÑO, Pascual (Dir.). *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, p.145-147.

La gran diferencia, al elegir entre la conciliación y la mediación, reside en la existencia o no de relación entre las partes (...). Su existencia exige un trabajo de mediación y su ausencia o la existencia de simple relaciones circunstanciales sin deseo de continuarlas o acrecentarlas (choque entre coches, compra y venta de objetos, agresiones entre desconocidos) permiten a la aplicación rápida y económica de la conciliación.<sup>42</sup>

Corroborando este entendimiento, la profesora Lilia Sales afirma que:

Los tipos de conflictos más adecuados a la solución por medio de la conciliación son aquellos en los cuales las partes envueltas no tienen vínculo afectivo, emocional. Son conflictos esporádicos, menos complejos, que no revelan un entrelazamiento de sentimientos que puedan esconder el conflicto real.<sup>43</sup>

Así, donde hay emociones, derivadas de la relación entre las partes, la forma más apta para la solución es la mediación. Eso porque el mediador está preparado con técnicas especializadas para manejar el problema de modo que dichas emociones sean ablandadas. En la conciliación, a su vez, no hay un tratamiento especial dispensado a los sentimientos de los participantes.

Cada mecanismo es más adecuado a determinados tipos de disputas. Mediación: conflictos provenientes de relaciones continuadas. Conciliación: conflictos eventuales. Sin embargo, un conflicto derivado de un choque entre coches puede ser resuelto a través de la mediación, así como un problema familiar puede ser objeto de una conciliación.

De esta forma, esta diferencia por si sola no es suficiente para distinguir la conciliación de la mediación, ya que en la práctica ambos mecanismos son aplicados en los mismos tipos de conflictos sin que haya una separación basada en la naturaleza continuada o eventual de la relación entre

---

<sup>42</sup> Traducción del texto original: "A grande diferença, ao escolher entre a conciliação e a mediação, reside na existência ou não de relacionamento entre as partes (...). Sua existência exige um trabalho de mediação e sua ausência ou a existência de simples relacionamentos circunstanciais sem desejo de continuá-los ou acrescentá-los (batidas de carro, compra e venda de objetos, agressões entre desconhecidos) permitem a aplicação rápida e econômica da conciliação". Disponible en: VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: Guia para Usuários e Profissionais*. Florianópolis: IMAB, 2001, p.17.

<sup>43</sup> Traducción del texto original: "Os tipos de conflitos mais adequados à solução por meio da conciliação são aqueles nos quais as partes envolvidas não possuem vínculo afetivo, emocional. São conflitos esporádicos, menos complexos, que não revelam um entrelaçamento de sentimentos que venham a esconder o real conflito." Disponible en: SALES, Lilia. *Mediar: Um Guia prático para Mediadores*. Fortaleza: UNIFOR, 2004, p. 29.

las partes. Como ejemplo, en la resolución de disputas laborales, que son relaciones prolongadas, se utiliza la conciliación en detrimento de la mediación en la mayoría de los países, principalmente para los conflictos individuales. A partir de aquella distinción, indagase: ¿Por qué introducir la conciliación como un intento de acuerdo en estos conflictos?

Una de las características de la conciliación es la búsqueda por el mejor acuerdo para evitar un proceso judicial. En otras palabras, la finalidad primordial de este mecanismo es el acuerdo en relación a la disputa que se presenta en la sesión, que en la gran mayoría de los conflictos de trabajo versa sobre una suma de dinero, reclamada por el incumplimiento del contrato o por la no observancia de las leyes. El conciliador no trabaja con las emociones de las partes, sino que se limita a llegar en un denominador común sin preocuparse con los aspectos internos del problema.

En la mediación, por otro lado, hay otras finalidades que van más allá del acuerdo y que serán abordadas en el capítulo siguiente. Aquí el enfoque es restablecer la relación entre las partes y prevenir futuras confusiones, ya que se tratan de relaciones que precisan subsistir a los problemas.

En ese sentido, son dos mecanismos ideológicamente distintos. La conciliación tiene por finalidad primordial resultar en un acuerdo, evitando un proceso judicial y la mediación prima por, además del acuerdo, restablecer la relación entre las partes, tratar adecuadamente las emociones presentes en los conflictos y prevenir la mala administración de nuevas disputas.

En la búsqueda por un denominador común, el conciliador y el mediador actúan de modo distinto. El primero ejerce un papel más pasivo; intenta una aproximación entre las partes, las escucha y propone soluciones. El mediador, a su vez, desempeña un papel activo, utiliza técnicas de comunicación que estimulan a las propias partes a crear posibles acuerdos, no indicando directamente la solución que él piensa ser la mejor.



El mediador trabaja con la noción de manejar el conflicto a diferencia de resolver el conflicto. Eso implica que este profesional debe reconciliar las partes, reducir las divergencias, controlar los aspectos emocionales y minimizar los daños entre los sujetos para lograr un acuerdo mutuamente satisfactorio.

Sobre las funciones de estos dos profesionales, Barona Vilar aclara:

En la conciliación el tercero pretende que las partes alcancen el acuerdo entre ellas pero no se adoptan medidas persuasivas, integradoras e incluso disuasorias que tiendan a concretar y, en su caso, posibilitar una solución de consenso entre ellas; por su parte, la mediación implica la utilización de estas técnicas expuestas y la facultad de persuasión con el fin de proyectar en un procedimiento, en muchos casos más lento, la participación activa de las partes en la búsqueda de la solución que, desde la cesión de intereses contrapuestos, lleve a una posición común que, en todo caso, implique una desaparición, o cuanto menos suavización, de la crispación existente.<sup>44</sup>

Rafael Segovia, por su parte, explica: “El conciliador no se limita, como el mediador, a aproximar las posiciones de los sujetos en conflicto, sino que puede ofrecer la solución para, de este modo, componer las posiciones opuestas entre sí.”<sup>45</sup>

Petronio Calmon establece tres criterios esenciales para distinguir los dos mecanismos: finalidad, método y vínculos. En relación con la finalidad, la conciliación es menos ambiciosa que la mediación, en la medida en que su primordial objetivo es poner fin al conflicto a través de un acuerdo. En contrapartida, las finalidades de la mediación extrapolan la consecución de un acuerdo. Sobre el método, se puede afirmar que el conciliador asume posición más participativa, incluso presentando fórmulas, sugerencias a las partes. El mediador facilita la comunicación por medio de técnicas para que las propias partes vislumbren soluciones para sus divergencias. El criterio de los vínculos evalúa la relación de estos mecanismos con la estructura del Poder Judicial. La

---

<sup>44</sup> BARONA, Silvia. Solución Extrajudicial de conflictos- *Alternative Dispute Resolution* (ADR) y *Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 81.

<sup>45</sup> HINOJOSA, Rafael. La conciliación. In: HINOJOSA, Rafael (Coord.). *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*. Madrid: Ramón Areces: 2006, p. 91.

conciliación, al contrario de la mediación, es comúnmente realizada dentro de la estructura del Judicial.<sup>46</sup>

Esas diferencias no son pacíficas en la doctrina. Algunos autores como Maria Silvia Aramayo y Rafael Ibarreche indican que no hay diferenciación significativa entre estos dos mecanismos y que estas distinciones son meramente especulativas.<sup>47</sup>

En definitiva, no hay diferencias fundamentales entre la mediación y la conciliación en la práctica tampoco en la doctrina en la actualidad. Se concluye que la mediación desarrolló de forma considerable la conciliación con el incremento de técnicas especializadas. Ambos son instrumentos de composición amigable de conflictos, cuya intervención del tercero se realiza sin otorgarle potestad de decisión, pues son las partes las que deciden los términos del acuerdo. Sin embargo, es importante destacar que la conciliación suele estar conectada con un proceso jurisdiccional, tanto como presupuesto procesal o bien opera dentro del mismo. La mediación, por su parte, es más desarrollada de forma independiente de los procesos judiciales a través de instituciones especializadas.

### 1.1.3 Mediación

El estudio detallado de la mediación, objeto de este trabajo, se procederá a lo largo de los capítulos siguientes. En este planteamiento, se pretende resaltar las peculiaridades de la mediación, necesarias para diferenciarla de los demás medios complementarios de solución de conflictos.

Trazar la historia lineal de la mediación no es una tarea sencilla, ya que su trayectoria es larga y variada en las distintas culturas. La mediación se tornó formalmente institucionalizada a partir del siglo XX, originando numerosos

---

<sup>46</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 109-112.

<sup>47</sup> ARAMAYO, Maria Silvia; IBARRECHE, Rafael. Mecanismos de heterocomposición de conflictos: Del Arbitraje a los "ADR". En: ARAMAYO, Maria Silvia (Coord.). *Introducción al derecho del Arbitraje y Mediación*. Salamanca: Ratio Legis, 2006, p. 59.

estudios específicos sobre el tema. En los últimos treinta años, las experiencias con la utilización de este procedimiento se multiplicaron en diversos países, motivadas por la búsqueda de nuevos instrumentos para resolver situaciones de enfrentamientos, que proporcionen una mayor participación activa de los individuos.<sup>48</sup>

La palabra mediación proviene del latín *mediare*. Significa: mediar, dividir por la mitad o intervenir, colocarse en medio. El propio significado de la palabra deja entrever la finalidad de este procedimiento que consiste en una técnica de resolución de conflictos en que un tercero, competente, capacitado e imparcial, denominado mediador, auxilia a las partes para la resolución de sus problemas, creando un ambiente favorable para el diálogo pacífico.

Según Folberg y Taylor la mediación es “el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.”<sup>49</sup>

John Haynes ofrece la siguiente definición: “Mediación es un proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto. El acuerdo resuelve el problema con una solución mutuamente aceptada y se estructura de un modo que ayuda a mantener la relación entre las partes implicadas.”<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> El autor Christopher W. Moore desarrolla un breve estudio sobre el origen de la mediación en la obra “El proceso de mediación”. Él destaca que la mediación tiene una larga historia y traza una retrospectiva de la utilización de este mecanismo por las instituciones religiosas. Afirma que con el ascenso de los estados-naciones, los mediadores asumieron nuevos roles como intermediarios diplomáticos formales y seculares. Afirma todavía que la mediación no es exclusiva de la cultura occidental y que desde principios del siglo XX ha sido institucionalizada y convertida en una profesión aceptada. Para más informaciones ver: MOORE, Christopher. *El proceso de Mediación: Estrategias Prácticas para la resolución de conflictos*. Barcelona: Granica, 1995, p.52-59.

<sup>49</sup> FOLBERG, J. y TAYLOR, A. *Mediación, resolución de conflictos sin litigio*. México: Editorial Limusa, 1997, p. 27.

<sup>50</sup> HAYNES, John. *Fundamentos de la Mediación Familiar*. España: Gaia, 1995, p.11.

En este sentido, el mediador nada impone: él conduce el proceso sin decidir. Se trata de un profesional capacitado en técnicas de comunicación que posibilitan el manejo del conflicto de forma apropiada. Cumple la difícil tarea de cambiar los discursos de las partes, construyendo una historia alternativa del conflicto. Su labor consiste en rescatar los objetivos comunes, los puntos de convergencia entre los participantes que puedan minimizar la discordia y facilitar la comunicación, desarrollando un entendimiento en que no haya una única verdad, sino que contemple varias posibilidades.

La mediación está basada en el diálogo transformativo que enaltece la cultura de la cooperación. Se incentiva el desempeño de una postura solidaria, estimulando cada parte a respetar y entender la realidad de la otra. De este modo, se engendra un ambiente propicio para alcanzar acuerdos satisfactorios para ambas, auxiliando en la creación de una nueva realidad que proporcione el mantenimiento de la futura relación.

Por todo eso, como ya ha sido resaltado, la mediación se ajusta al manejo de conflictos derivados de relaciones continuadas, en otras palabras, relaciones que precisan subsistir a las crisis: familiares, entre vecinos, relaciones de consumo, etc.<sup>51</sup>

A menudo, los clientes inician la mediación con una visión parcial y personal del problema, afirmando con vehemencia que la otra parte no tiene razón, principalmente en las situaciones caracterizadas por fuertes emociones. El mediador debe estar preparado para abordar estos sentimientos de forma conveniente y valorizar el trabajo cooperativo, introduciendo una visión integrada del conflicto, que no se basa en la culpa sino en la mutua responsabilidad. Efectivamente, la transformación del conflicto en una

---

<sup>51</sup>El autor Luis Alberto Warat, experto en mediación de conflictos, defiende una amplia aplicación de la mediación. Según su entendimiento, la mediación puede ser utilizada en todos los tipos de conflictos, desde que hayan condiciones de diálogo. Ver: WARAT, Luis Alberto. *Oficio do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

Otros estudiosos del tema tienen una visión más limitada del procedimiento, como la doctora Trinidad Bernal Samper, que defiende la aplicación de la mediación familiar en conflictos de ruptura de pareja. Ver: BERNAL, Trinidad. *La Mediación: Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. 3. ed. Madrid: Colex, 2006.

mediación bien realizada restablece el equilibrio emocional de cada una de las partes y recompone la relación entre ellas.

La mediación posee numerosos e interrelacionados objetivos. A la primera vista, se puede pensar que el principal de ellos sea alcanzar o celebrar un acuerdo, pero, en realidad, sus finalidades van más allá.<sup>52</sup> Se trata de un mecanismo que persigue la inclusión social, la pacificación y la prevención de la mala administración de conflictos, la eficacia de principios democráticos, relacionados con el ejercicio de la ciudadanía y de la solidaridad, la promoción del acceso a la justicia, en sentido amplio de justicia.<sup>53</sup>

Por todo eso, la mediación consiste en un procedimiento tendiente a una transformación cultural. Las autoras Patricia Aréchaga, Florencia Brandoni y Andrea Finkelstein resaltan:

Por un lado, entendida en el sentido de colaborar con la modificación de una concepción litigiosa como única forma de abordar las diferencias entre los individuos de una sociedad. Asimismo, la mediación como promotora de una actitud preactiva ante la búsqueda por parte de los ciudadanos de soluciones a sus conflictos. La transformación cultural puede entenderse a manera de una convocatoria a la participación social, invitando a asumir responsabilidades, control y poder de decisión en los conflictos interpersonales, grupales o sectoriales que les competen. Estas ideas se enmarcan en la concepción de un pleno ejercicio democrático de los ciudadanos frente a las diferencias y malestar que implica la vida en sociedad.<sup>54</sup>

Varias experiencias están siendo llevadas a cabo a través de la utilización de este mecanismo: mediación familiar, mediación laboral, mediación social intercultural, mediación en la intervención socioeducativa,

---

<sup>52</sup> Respecto de las finalidades de la mediación ver: SALES, Lilia. *Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito, 2007, p. 33-40*. La autora resalta la solución de los conflictos, la prevención de la mala administración de los conflictos, la inclusión y pacificación sociales como finalidades de la mediación.

<sup>53</sup> Interesante distinción presentan Elena Inés Highton y Gladys Stella Álvarez: “una cosa es “acceso a la justicia”, entendida como posibilidad concreta de ingreso del problema al sistema judicial, y otra es “acceso a justicia” entendida como solución justa al problema. Disponible en: HIGHTON, Elena Inés; ÁLVAREZ, Gladys Stella. La mediación en la escena judicial: sus límites. La tentación de ejercer el poder y el poder del mediador según su profesión de origen. En: SCHNITMAN, Dora; (comp.) Resolución de conflictos. *Nuevos diseños, nuevos contextos*. Barcelona: Granica, 2000, p. 122.

<sup>54</sup> ARÉCHAGA, Patricia; BRANDONI, Florencia; FINKELSTEIN, Andrea. *Acerca de la Clínica de Mediación: relato de casos*. Buenos Aires: Librería histórica, 2004, p. 210.

mediación comunitaria, mediación penal, entre otras. Estas experiencias comprueban que se trata de un instrumento eficaz de solución de conflictos, especialmente cuando estos envuelven relaciones entre personas próximas.

Las legislaciones sobre el tema también se multiplican en todo el mundo. En España, como ejemplo, varias comunidades autónomas están publicando su propia ley de mediación, sobre todo relacionadas con los conflictos de familia.<sup>55</sup> Es importante señalar que el Ministerio de Justicia del Gobierno de España presentó en 2011 el Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, cuyo origen es la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008. La iniciativa pretende regular la mediación en asuntos civiles y mercantiles y articular un marco mínimo para el ejercicio de la mediación, sin perjuicio de las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas, algunas de las cuales tienen su propia regulación, sobre todo de mediación familiar. Este Anteproyecto ha producido amplias discusiones sobre sus procedimientos, beneficios y adecuación con los principios de la teoría de la mediación.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> En España están siendo aprobadas distintas leyes que abordan la mediación familiar: Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña; Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de Galicia; Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en Valencia; Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias; Ley 4/2005, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha; Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León; Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de las Islas Baleares; Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid; Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar para la Comunidad Autónoma del País Vasco; Ley de Mediación de Andalucía: Ley 1/2009, de 1 de febrero.

<sup>56</sup> Antonio María Lorca Navarrete publicó recientemente un libro sobre el Anteproyecto de Ley en el que realiza una crítica pormenorizada de la normativa y de sus consecuencias. El autor cuestiona como se aplicarán las leyes ya existentes de mediación familiar; el hecho de que en el Proyecto la actividad mediadora está direccionada para beneficiar mucho más la administración de justicia de que a los propios ciudadanos, lo que representa en cierto grado una privatización de la justicia; la obligatoriedad de la mediación, que ofende el importante principio de la libertad de las partes; los requisitos establecidos para los mediadores y para el acuerdo de mediación, que parecen ser ajenos a la literatura “psicológica” sobre el tema; contemplar la mediación como una negociación estructurada de la forma como está dispuesta en el Anteproyecto significa que el acuerdo de mediación sería un producto autogestionario; no se puede exigir que las partes y sus representantes conozcan plenamente el ordenamiento jurídico vigente para redactar el acuerdo; las posibilidades de anulación del acuerdo de mediación. Para mayores informaciones, ver: LORCA, Antonio María. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Mediación en “Asuntos Civiles y Mercantiles” elaborado por el Ministerio de Justicia del gobierno de España “con los efectos procesales que de ella derivan.”* San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010.

En Brasil, a su vez, no existe ley específica sobre mediación, sólo un proyecto de ley que está en trámite legislativo desde 1998 que será analizado en el capítulo sobre la mediación en Brasil.

En virtud de sus principios, finalidades y métodos, la mediación presenta una serie de peculiaridades que hacen de su proceso un mecanismo diferenciado de los demás medios complementarios de solución de conflictos, cuya finalidad no se reduce a formalizar un acuerdo.

#### 1.1.3.1 Peculiaridades de la solución de conflictos por medio de la mediación

##### **- El conflicto como inherente a las relaciones humanas.**

El conflicto suele ser comprendido como algo malo: un momento de inestabilidad, de sufrimiento y angustia personal. La mediación propone un cambio de paradigma, desmitificando tal premisa, posibilitando que el conflicto y la contradicción sean encarados como situaciones propias de las relaciones humanas, incluso necesarias para su mejoramiento. Por consiguiente, la mediación incentiva una visión positiva del conflicto para que las partes asuman una postura más tranquila delante de los problemas, que pasan a ser vistos con menor dramatismo y como una posibilidad de transformación.

##### **- Conflictos aparentes y conflictos reales**

Otra peculiaridad de la mediación es la constatación de la existencia de conflictos aparentes y conflictos reales. Los primeros son aquellos que suelen ser expuestos en un momento inicial, pero que no reflejan las verdaderas causas de las insatisfacciones o intranquilidades. Los reales, a su vez, son los motivos que realmente consisten en la raíz del problema y que deben ser abordados más eficazmente. El mediador investiga las reales causas de las divergencias, que muchas veces están camufladas por sentimientos y emociones. Raúl de Diego y Carlos Guillén explican:

Las personas que acuden a un proceso de mediación se suelen sentir ofendidas, frustradas, desconfiadas, resentidas o traicionadas. Para mantener un tono racional y un diálogo fructífero acerca de las cuestiones importantes, el mediador debe controlar y minimizar el efecto de las emociones negativas.<sup>57</sup>

En los conflictos procedentes de relaciones continuadas es primordial llegar a la raíz del problema porque la solución superficial o aparente podrá agravar la situación. Para desvendar los conflictos reales y evitar la escalada de la controversia el mediador debe “controlar” las emociones de las partes, desbloqueando así los canales de comunicación.

### **- Pierde – Gana / Gana – Gana**

En el modelo tradicional de solución de conflictos – Poder Judicial – existen partes antagónicas, lados opuestos, derechos controvertidos, en fin, numerosas formas de tratar el conflicto como una disputa en la que uno gana y el otro pierde. En la mediación la propuesta es que tal mentalidad cambie para la lógica: gana – gana, introduciendo una discusión solidaria sobre los intereses de cada parte para lograr un sentimiento de satisfacción mutua. Keneth J. Gergen esclarece: “muchos obstáculos tradicionales al diálogo transformador residen en nuestras tradiciones de intercambio, por ejemplo, los presupuestos de una única verdad, de la lógica universal, del vencer y perder.”<sup>58</sup>

### **- De la competición a la cooperación**

En una disputa cada uno defiende su punto de vista de forma antagónica, competitiva. El mediador resalta que el conflicto existe y que el logro de una solución adecuada depende de una postura cooperativa de las partes. Para eso, el mediador incentiva que cada una vislumbre la situación de la otra. Muchas veces las personas no perciben que tienen intereses compatibles y que el modo de alcanzar mutuamente tales intereses es a través de la cooperación.

---

<sup>57</sup> DIEGO, Raúl de; GUILLÉN, Carlos. *Mediación: Proceso, tácticas y técnicas*. Madrid: Pirámide, 2006, p. 42.

<sup>58</sup> Traducción del texto original: “muitos obstáculos tradicionais ao diálogo transformador residem em nossas tradições de intercâmbio, por exemplo, os pressupostos de uma única verdade, da lógica universal, do vencer e perder”. Disponible en: GERGEN, Keneth. Rumo a um vocabulário do diálogo transformador. En: SCNITMAN, Dora; LITTLEJOHN, Stephen (orgs.) *Novos paradigmas da Mediação*. Trad. Marcos A. G. Domínguez e Jussara Albert Rodrigues. Porto Alegre: Artes médicas Sul, 1999, p. 35.



### **- De la culpa a la responsabilidad**

Es común que las personas atribuyan la culpa unas a las otras en una discusión, sin pensar cual es su contribución en este conflicto. La culpa, concepto más ligado al ámbito emocional y religioso, no permite una elaboración consciente de su participación en la situación conflictiva. La mediación incentiva el proceso de mutua responsabilidad en la divergencia, retirando el determinismo que la noción de culpa conlleva. Trinidad Bernal afirma:

La forma de establecer la relación con los otros en mediación está basada en una fórmula diferente de ganar uno a expensas del otro, diferente de quién tiene razón y quién está equivocado. La interacción se basa en comprender al otro y admitir la propia responsabilidad en el conflicto y encontrar una salida que satisfaga a las partes y no está basada en la razón o la verdad.<sup>59</sup>

### **- De lo individual a lo colectivo**

La mediación propone desviar la atención de uno mismo y dirigirla hacia al entorno colectivo (familia, empresa, comunidad de vecinos, etc.). El mediador siempre resalta la importancia del colectivo, además de la satisfacción individual. Silvina Funes resalta como presupuesto del tratamiento constructivo de conflictos: “Debemos promover la cohesión grupal, es decir, tener grupos integrados, con una fuerte red socio afectiva y basados en una moral de grupo que disuada de traiciones, intrigas y chismorreos.”<sup>60</sup>

#### **1.1.4 Arbitraje**

El arbitraje es un medio heterocompositivo de resolución de controversias. El conflicto no se solventa mediante un mutuo acuerdo entre las partes, alcanzado por si solas o por sus representantes como en la negociación, o con la intervención de terceros, como en las otras dos

---

<sup>59</sup> BERNAL, Trinidad. Conflicto y mediación. En: HEREDIA, Iván. *Medios alternativos de solución de controversia- Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 11 (2007), p. 111.

<sup>60</sup> FUNES, Silvina. Hacia un mayor conocimiento de la mediación y el tratamiento de conflictos. En: TORREGO, Juan Carlos. *Modelo integrado de mejora de la convivencia: Estrategias de mediación y tratamientos de conflictos*. Barcelona: Graó, 2006, p. 112.

modalidades. Aquí, la resolución, denominada laudo, es interpuesta por un tercero: el árbitro. El laudo arbitral es la decisión que pone fin al litigio. Según el Tribunal Constitucional, se trata de un equivalente jurisdiccional, en otras palabras, tiene valor de cosa juzgada.<sup>61</sup>

El arbitraje es un procedimiento instituido a través del consentimiento de las partes, por el cual se somete una controversia al juicio de un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia, la cual es obligatoria. Al elegir el arbitraje, las partes optan por un proceso privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales; es un acto de voluntad.

Christopher Moore ofrece el siguiente concepto del arbitraje: “El arbitraje es un término genérico que designa un proceso voluntario en que las personas en conflicto solicitan la ayuda de un tercero imparcial y neutral, que adopta una decisión para aquellos, por referencia a los temas en disputa.”<sup>62</sup>

Históricamente, el origen del arbitraje es muy remoto. Desde la antigüedad se conoce relatos de conflictos solucionados por un tercero imparcial, escogido o aceptado por los disputantes.<sup>63</sup> Es una de las formas más antiguas de administrar justicia.

El marco del arbitraje moderno en Europa se dio con la fundación de la Corte de Londres de Arbitraje Internacional en 1892. Posteriormente, fue creado otro importante órgano: la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio CCI en 1919.<sup>64</sup> A partir de ahí, este medio ha

---

<sup>61</sup>STC 62/1991, de 12 de marzo: “El arbitraje debe reputarse como un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es una decisión de conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada”. En el mismo sentido: STC 288/1993, de 4 de octubre.

<sup>62</sup> MOORE, Christopher. *Op. Cit.* 1995, p. 33.

<sup>63</sup> Sobre los antecedentes del arbitraje, ver: BARONA, Silvia. Arbitraje en España: A la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia. En: Barona, Silvia (Directora). *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*. Navarra: Civitas, 2007, p. 32.

<sup>64</sup> Importante destacar que la CCI es un organismo mundial no gubernamental de gran importancia. Su sede se encuentra en París, lugar donde también está la Corte Internacional de Arbitraje. Hoy en día la CCI reúne cientos de compañías y asociaciones miembros de más 130 países. Para más informaciones ver: <http://www.iccwbo.org/id93/index.html>.

experimentado un progresivo crecimiento, sobre todo con los cambios políticos, económicos y sociales del siglo XXI, que permitieran un desarrollo considerable de las prácticas comerciales. El incremento del arbitraje también es fruto del creciente número de instituciones que realizan el procedimiento, así como del surgimiento de diversas legislaciones sobre el tema.<sup>65</sup>

Prácticamente todos los conflictos pueden ser objetos de un arbitraje, con excepción de los de competencia exclusiva del Poder Judicial. Pueden recorrer al arbitraje las partes que están en conflictos susceptibles de transacción, es decir, que traten de derechos disponibles. En efecto, el arbitraje es mejor aplicable en las disputas resultantes de cuestiones patrimoniales, ofreciendo la oportunidad de una solvencia más rápida y económica a estas controversias.

La discusión sobre la naturaleza del arbitraje es antigua y hasta hoy no es pacífica. Las doctrinas predominantes son: la teoría contractual; la teoría jurisdiccional y la teoría ecléctica o mixta. Para los primeros, lo preponderante es la voluntad, que se encuentra en el origen del arbitraje y lo informa a lo largo de su desarrollo.<sup>66</sup> Los jurisdiccionalistas, a su vez, resaltan que, una vez nacido el arbitraje, se produce un cambio en la jurisdicción, resolviéndose el conflicto con el laudo arbitral, que tiene la misma eficacia que la sentencia, es

---

Sobre la Corte de Londres de Arbitraje Internacional ver: <http://www.lcia-arbitration.com/>

<sup>65</sup> Destaque para la Ley Modelo de la UNCITRAL/CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Viena, en 21 de junio de 1985, y recomendada por la resolución la Asamblea General de la ONU. Se trata de un texto dirigido de forma directa a los legisladores nacionales, quienes pueden libremente adoptarlo cuando hayan de dictar leyes internas sobre esta materia y adecuarlo, si necesario, a las peculiaridades del correspondiente ordenamiento jurídico estatal. Esta ley tiene por finalidad armonizar las leyes reguladoras del arbitraje, fortaleciendo el procedimiento, principalmente en el orden internacional. De hecho, desde su publicación, diversos estados actualizaron sus legislaciones pertinentes al tema del arbitraje. Incluso la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje en España, tiene como fuente de inspiración la citada Ley Modelo.

En Brasil fue publicada la ley 9307 de 23 de septiembre de 1996 que reglamenta el arbitraje en el país. El arbitraje todavía no está bien desarrollada en Brasil, sin embargo, es creciente el reconocimiento por parte de la población, de las empresas y del sistema judicial, del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos cuya sentencia produce los efectos de la cosa juzgada. Ley disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en 10.02.2011.

<sup>66</sup> Expresivo defensor de la teoría contractual del arbitraje en el derecho español fue Jaime Guasp. Para mayores detalles ver: GUASP, Jaime. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Bosch, 1956.

decir, tiene efecto de cosa juzgada.<sup>67</sup> Los defensores de la teoría mixta configuran el arbitraje como una institución compleja, contractual cuanto su origen y jurisdiccional cuanto a sus efectos.<sup>68</sup> Es la teoría más aceptada en la actualidad.

No obstante, en los últimos años, algunos autores han sostenido una teoría distinta sobre la naturaleza del arbitraje. Afirman que, en efecto, en el arbitraje coexisten componentes contractuales, jurisdiccionales y procesales, pero lo más adecuado es concluir que se trata de una categoría autónoma: medio complementario de solución de conflictos.<sup>69</sup> Desde mi punto de vista, esa es la doctrina que presenta argumentos más coherentes.

Las ventajas atribuidas al arbitraje son: flexibilidad, conocimientos especiales de los árbitros, mayor rapidez en la solución, el coste reducido de la demanda. Es importante advertir que no siempre los procesos arbitrales presentan una agilidad considerable y, en muchos casos, el coste tampoco es reducido.

#### 1.1.4.1 Clases de arbitraje.

De acuerdo con el origen del procedimiento, el arbitraje puede ser contractual o testamentario. La forma contractual es la más común. Las partes, a través de un acto de voluntad, eligen este medio para solucionar sus conflictos. La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje, establece que también será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para

---

<sup>67</sup> Expresivo defensor de la teoría jurisdiccional del arbitraje fue Carreras. Para mayores detalles ver: CARRERAS, Llansana; FENECH Navarro. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch, 1962.

<sup>68</sup> La teoría ecléctica tiene su origen en la jurisprudencia española, en especial la STS, de 11 de febrero de 1944, que planteó la doble naturaleza contractual y jurisdiccional del arbitraje.

<sup>69</sup> La especialista en el tema, Silvia Barona afirma que debemos atender a la naturaleza del arbitraje como arbitraje mismo. Según sus palabras “El arbitraje es libertad, es ejercicio de autonomía de la voluntad. Es la libertad el elemento esencial que va a permitir definir y naturalizar a la institución.”<sup>69</sup> BARONA, Silvia. *Op. Cit.* 2007, p. 47

solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia (art.10).<sup>70</sup>

Según su administración, el arbitraje puede ser *ad hoc* o institucional. La primera se caracteriza por conferir una mayor flexibilidad al proceso que se desarrolla de forma independiente, de acuerdo con la voluntad de los participantes. En el arbitraje institucional, las partes someten sus conflictos ante instituciones especializadas que administran el proceso, cuyo reglamento establece normas generales del procedimiento.<sup>71</sup>

Según su modalidad, el arbitraje puede ser de derecho o de equidad. En el primer, los árbitros juzgan conforme las normas de derecho, decidiendo las cuestiones según el derecho positivo. En el de equidad, los árbitros no están obligados a someter el laudo a las normas legales, sentenciando según sus conocimientos.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> En la Ley de arbitraje de Brasil no existe la previsión sobre el arbitraje testamentario.

<sup>71</sup> Rudolf Carlos Hömberg hace un paralelo entre el arbitraje *ad hoc* e institucional, apuntando ventajas y desventajas de las dos modalidades, llevando en consideración el ejemplo de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en París. Argumenta que si las partes desean una mayor flexibilidad, la modalidad *ad hoc* debe ser preferida. Pero hay que tener en cuenta que eso conlleva el riesgo de que el procedimiento resultante no esté en concordancia con reglas imperativas para el reconocimiento y la ejecución del laudo, en el caso de que éste no sea cumplido de forma voluntaria. Además, otros aspectos que compiten flexibilidad por un lado y previsibilidad por el otro están relacionados con la remuneración de los árbitros y el coste del arbitraje. Con el arbitraje institucional se evita la negociación entre las partes y árbitros sobre los honorarios. Añade todavía que para escoger una institución arbitral se debe observar los siguientes aspectos: vocación y orientación local/nacional/internacional; especialización en un ámbito comercial; características del reglamento; estructura administrativas, renombre; costes y su calculabilidad. Ver: HÖMBERG, Rudolf C. El arbitraje institucional y sus retos en el inicio del siglo XXI- El ejemplo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. En: Barona, Silvia (Directora). *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*. Navarra: Civitas, 2007, p. 68-72.

<sup>72</sup> En la anterior ley de arbitraje, Ley 36/1988, de 5 de diciembre, el legislador privilegiaba el arbitraje de equidad frente al de derecho, otorgando a los árbitros mayor libertad de decisión. Sin embargo, en la nueva legislación, Ley 60/2003, de 23 de diciembre, en el art. 34, se afirma que los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello (art.34.1). La respectiva ley de Brasil también establece esta exigencia en su artículo 2: El arbitraje podrá ser de derecho o de equidad, de acuerdo con la voluntad de las partes. Traducción del texto original: Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

Si el criterio de clasificación es el ámbito territorial, el arbitraje puede ser nacional o internacional.<sup>73</sup> El arbitraje nacional soluciona conflictos entre partes establecidas en el mismo territorio. En el internacional, las partes que celebran el acuerdo tienen domicilios en estados distintos. La ley de 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, establece por primera vez los casos que corresponden a un arbitraje internacional, facilitando la interpretación y aplicación de esta ley en el contexto internacional.<sup>74</sup>

A diferencia de la modalidad interna, el arbitraje internacional ha logrado un gran éxito en las últimas décadas. Eso porque el comercio internacional exige seguridad, rapidez, neutralidad y sigilo en la solución de los conflictos provenientes de contratos de comercio internacional. En la última mitad del siglo XX el arbitraje se convirtió en el medio más importante para resolver litigios comerciales a escala internacional. Faustino Cordón explica que:

---

<sup>73</sup>En la exposición de motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje se afirma que: “En lo que respecta a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, esta ley opta claramente por una regulación unitaria de ambos. Dentro de lo que se ha dado en llamar la alternativa entre dualismo (que el arbitraje internacional sea regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje interno) y monismo (que, salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional), la ley sigue el sistema monista. Son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base —corroborada por la tendencia actual en la materia— de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la CNUDMI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno. Esta ley sigue en este aspecto el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley Modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje en general. Sobre el arbitraje internacional ver: ESPLUGUES, Carlos. Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa. In: Barona, Silvia (Directora). *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*. Navarra: Civitas, 2007, p. 177-211.

<sup>74</sup> Según la nueva Ley española de arbitraje, el procedimiento tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes. Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios. O que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional (art.3). La ley de Arbitraje de Brasil no define cuando un arbitraje será considerado internacional, no obstante, presenta un capítulo específico sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras: arts.34-40.

La aceptación del arbitraje en las relaciones de comercio internacional es, ante todo, la consecuencia de la ausencia de una jurisdicción supraestatal de derecho privado para resolver los litigios que pueden surgir en las relaciones internacionales; los Estados no ofrecen más que las jurisdicciones nacionales, concebidas en su origen para dilucidar los conflictos internos y las normas y tratados internacionales sobre competencia judicial internacional – a pesar de los indudables avances técnicos que introducen- resultan insuficientes para atender las demandas que exige la agilidad en el tráfico jurídico.<sup>75</sup>

Por lo tanto, el arbitraje se presenta como una forma de solución apropiada a estos conflictos, ofreciendo una jurisdicción imparcial, con capacidad para atender a las necesidades del comercio internacional, incluso de las formas más modernas de transacción comercial.<sup>76</sup>

Como ya he mencionado, el arbitraje internacional incentivó la modernización de las legislaciones pertinentes al tema. Como ejemplo, se presenta la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje.<sup>77</sup> En España, esta ley vino a sustituir la anterior Ley de Arbitraje, de 5 de diciembre de 1988. La inspiración de la nueva regulación fue basar el régimen jurídico español del arbitraje en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), con el fin de posibilitar que el país fuera sede de

---

<sup>75</sup> CORDÓN, Faustino. *El arbitraje de Derecho Privado – Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Navarra: Civitas, 2005, p. 86.

<sup>76</sup> El proceso de globalización económica viene resultando en un progreso continuo del desarrollo de nuevas tecnologías que posibilitan distintas formas de transacciones comerciales, sobre todo con el uso de Internet. El arbitraje se muestra como un medio eficaz a la solución de los conflictos provenientes de estas nuevas relaciones. Un buen ejemplo es el arbitraje *On Line* o arbitraje electrónico. Sobre arbitraje *On Line* ver:

ÁVILA, Alfredo. Cuestiones Particulares en torno a la solución alternativa de controversias: hacia el arbitraje *On Line* y la autodisciplina en el Derecho de la Publicidad. En: ARAMAYO, María Silvia (Coord.). *Introducción al derecho del Arbitraje y Mediación*. Salamanca: Ratio Legis, 2006, p.155-168.

MONTESINOS, Ana. Los retos del arbitraje ante las nuevas tecnologías. En: BARONA, Silvia (Directora). *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*. Navarra: Civitas, 2007, p. 237-268.

<sup>77</sup> La Ley de Arbitraje de 2003 se inspira en los siguientes principios básicos: ofrece una regulación unitaria del arbitraje interno e internacional (art. 3); se trata de una ley general, que se aplica a los arbitrajes que tienen una reglamentación específica, así como a los que no la tienen (art.1.3); se preconiza la voluntad de las partes; se establece un anti-formalismo en relación al convenio arbitral (art.9); confiere una mayor flexibilidad al arbitraje (Título V). Es importante apuntar sus principales innovaciones, relacionadas con el régimen del convenio arbitral, con la responsabilidad de los árbitros, con las medidas cautelares, con el plazo para la emisión del laudo, con la conservación del expediente arbitral, y con la supresión de la necesidad de protocolización del laudo.

arbitrajes internacionales. Se trata de una ley avanzada que persigue alcanzar una mayor efectividad del arbitraje en el país.

De modo general, la nueva ley de arbitraje de España ha proporcionado la modernización del ordenamiento arbitral del país. Mientras tanto, para que el arbitraje sea utilizado de forma adecuada, es necesaria una cooperación del sistema judicial. Como bien afirma Gonzalo Stampa:

(...) esta empresa sólo podrá acometerse con razonables garantías de éxito si entre todos los protagonistas y responsables de la práctica de arbitraje en nuestra jurisdicción existe la complicitad necesaria para esforzarse por conocer y comprender- mediante su adecuada formación continua – el verdadero alcance de la institución arbitral.<sup>78</sup>

## 1.2 Principios de la mediación de conflictos

La mediación es un medio de gestión positiva de conflictos que tiene principios propios. Combina técnicas multidisciplinarias que son utilizadas en un proceso informal por un profesional denominado mediador, cuya función es auxiliar en la búsqueda de un acuerdo mutuamente satisfactorio y duradero. De este modo, el mediador nada decide. En verdad, él estimula la comunicación cooperativa entre las partes por medio de técnicas especializadas para la creación de una nueva realidad ante la disputa.

Se destacan como principios rectores de la mediación: concepción positiva del conflicto; libertad de las partes; poder de decisión de los mediados; no competitividad; buena fe de las partes; competencia del mediador; participación de un tercero imparcial; informalidad del proceso; confidencialidad del proceso.

El principio de la **visión positiva del conflicto** establece una importante finalidad de la mediación que es alertar a los mediados para una concepción distinta de estas situaciones adversas. Los conflictos deben ser

---

<sup>78</sup> STAMPA, Gonzalo. El juez de apoyo al arbitraje: Nombramiento judicial de árbitros, práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares. En: *La nueva Ley de Arbitraje*. Madrid: consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 198.



entendidos como eventos naturales y necesarios, propios del desarrollo humano. De esta manera, las tensiones pasan a ser enfrentadas adecuadamente, como momentos de transición que proporcionan crecimiento en caso de ser bien administrados. Raúl de Diego y Carlos Guillén aducen: “Entendemos el conflicto no como algo negativo o sinónimo de violencia, sino como algo consustancial con los seres humanos y sus formas de vida social y que, según como se afronte, puede resultar constructivo y beneficioso para las partes.”<sup>79</sup>

En este sentido, la mediación logra una aproximación hacia los conflictos. Stella Breitman y Alice Costa refuerzan tal entendimiento, afirmando: “La mediación no intenta negar el conflicto, sino aproximarse a él sin miedo, pues este es el lugar privilegiado para que pueda ocurrir la transformación.”<sup>80</sup>

Para la mejor comprensión del principio de la **libertad de las partes**, se debe considerar que existen dos formas de mediación. De acuerdo con la iniciativa del proceso, la mediación puede ser: voluntaria u obligatoria.

En la primera, son las partes las que deciden participar voluntariamente en el procedimiento. Aquí, la libertad de los mediados puede ser observada durante todo el procedimiento. Son ellos los que eligen el medio de solución de conflictos; indican o aceptan el mediador para su disputa; y determinan la solución para sus problemas, o no llegan a ningún acuerdo. Juan Carlos Vezzula resalta: “Es voluntaria porque solamente puede realizarse con la aceptación expresa de los clientes. Son ellos los que escogen ese camino, cuando empezar y cuando interrumpir.”<sup>81</sup>

En la obligatoria, a su vez, la ley determina los casos en los que las partes deben necesariamente acudir a la mediación, como paso anterior al

---

<sup>79</sup> DIEGO, Raúl de; GUILLÉN, Carlos. *Op.Cit.*, 2006, p. 61.

<sup>80</sup> BREITMAN, Stella; COSTA, Alice. *Mediação Familiar: Uma intervenção em busca da paz*. Porto Alegre: Criação humana, 2001, p. 99.

Traducción del texto original: “A mediação não busca negar o conflito, mas aproximar-se dele sem medo, pois este é o lugar privilegiado para que possa ocorrer a transformação.”

<sup>81</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. *Op. Cit.*, 2001, p. 26.

Traducción del texto original: “é voluntária porque só pode realizar-se com aceitação expressa dos clientes. São eles que escolhem esse caminho, quando começar e quando interromper.”

proceso judicial. Se debe resaltar que esta obligatoriedad se refiere sólo a la participación en la primera sesión de mediación, pero no exige la realización de ningún acuerdo.

Mucho se discute si la mediación obligatoria puede afectar o no el principio de la libertad de las partes. Hay estudiosos del tema que no están de acuerdo con esta imposición, como la doctora Trinidad Bernal que afirma: “una participación obligatoria quitaría el sentido de lo que entiendo por mediación, aunque existen varias jurisdicciones de diversos estados americanos que lo imponen a sus usuarios.”<sup>82</sup>

Por otro lado, hay quien defienda la obligatoriedad en algunos casos, desde que la ley prevea que esta exigencia sea temporal, hasta que los ciudadanos conozcan mejor el instrumento, en otras palabras, se utiliza la obligatoriedad como forma pedagógica para la divulgación de este procedimiento.<sup>83</sup> Es cierto que una parcela muy pequeña de las poblaciones conoce el mecanismo en la mayoría de los países. No obstante, creo que la imposición legal no es la forma más adecuada para la extensión de la mediación, pues se trata de un instrumento que privilegia la autonomía y la libertad. Además, hay otras maneras educativas para hacer efectiva y reconocida la mediación, un buen ejemplo es la mediación en la escuela.

De este modo, en cualquier modalidad de mediación, las partes son libres para discutir y celebrar el acuerdo de la forma que les conviene. Son ellas las que disponen de poder de decisión, ejercen su autonomía y autodeterminación, transformando sus deseos y necesidades en instrumentos de argumentación y negociación. Esta es la principal diferencia entre la mediación y los medios heterocompositivos de solución de conflictos, como afirma el profesor Liborio Hierro:

---

<sup>82</sup> BERNAL, Trinidad. *Op. Cit.*, 2. ed., 2002, p. 85.

<sup>83</sup> En algunos países sobre todo latinoamericanos, tales como Argentina, Perú, Brasil y otros, la mediación es obligatoria para determinados tipos de conflictos, principalmente los de familia. En Europa, así como en España, la mediación civil es voluntaria, pero también existe la modalidad obligatoria, como ejemplo de las cuestiones laborales.

(...) la superioridad de la mediación sobre la composición judicial del conflicto o el arbitraje no estriba sólo, ni principalmente, en motivos instrumentales (menor coste psicológico, menor coste económico, más celeridad, etc.) Estriba, sobre todo ello en su superioridad moral, ya que en la mediación las partes son llevadas a tratarse recíprocamente como agentes morales autónomos e iguales que, mediante su consentimiento, determinan las conductas, los derechos, las obligaciones y, en su caso, las reglas con las que dar solución al conflicto.<sup>84</sup>

Otro principio de la mediación es la **no competitividad**. Como ya he mencionado, este mecanismo propone una realidad en la que la cultura del litigio es sustituida por la cultura de la cooperación, a través de un proceso estructurado. El mediador esclarece que el problema existe y que para lograr una solución es esencial la participación cooperativa. Él trabaja para reducir la hostilidad, incentivando a las partes para asumir posturas más armónicas y solidarias, a pesar de todas las diferencias.

Para eso, resalta que en un proceso de mediación no debe haber vencedores ni perdedores; todos deben trabajar creativamente en la construcción de un acuerdo mutuamente satisfactorio. Folberg y Taylor resaltan que: “La autoestima y el sentido de competencia que surgen a través del proceso de mediación constituyen derivados importantes que contribuyen a proporcionar autodirección y debilitan la necesidad de los participantes de continuar peleando.”<sup>85</sup>

La mediación depende de la **buena fe de las partes**. El mediador no logra cambiar las posiciones rígidas de las partes si ellas no están involucradas en el procedimiento de modo a seguir los principios de la mediación. La voluntad y el compromiso son esenciales para la realización y cumplimiento de un pacto recíproco de responsabilidades.

La **competencia del mediador** también es un principio de la mediación, relacionado con la capacidad y formación de este profesional. Existe un consenso sobre la necesidad de una formación específica para mediadores, pero la estructura de estos cursos suele ser bastante variable. Las

---

<sup>84</sup> HIERRO, Liborio. *Op. Cit.*, 2008, p. 40.

<sup>85</sup> FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. *Op. Cit.*, 1997, p. 29.

actuales leyes de mediación establecen los requisitos necesarios para la referida actuación, ejerciendo un mayor control de esta actividad.<sup>86</sup> Es importante destacar que tal formación debe ser continua, ya que el mediador trabaja con las relaciones humanas; materia interdisciplinar que está siempre transmutando de acuerdo con la evolución de las sociedades.<sup>87</sup>

Ese aspecto es fundamental para el suceso de la mediación, pues este mecanismo está directamente relacionado con el ejercicio de la función de los mediadores. Ellos tienen la gran responsabilidad de adquirir la confianza de las partes y de la sociedad.

La mediación también es pauta por el principio de la **informalidad**, el cual confiere simplicidad y celeridad al mecanismo. A diferencia de los procesos arbitrales o judiciales, ese instrumento es flexible y no se basa en etapas rigurosas que suponen pruebas o plazos; lo importante es la palabra de los mediados. Una de las grandes virtudes de la mediación consiste justamente en rescatar la importancia de la palabra en las relaciones.

Todo lo discutido en mediación es **confidencial**, sea en las sesiones conjuntas o en las privadas, también llamadas de “*caucus*”. Incluso, estas informaciones no pueden ser utilizadas en ningún otro tipo de proceso. Este principio es fundamental en un procedimiento que las personas hablan de sus sentimientos íntimos y de sus problemas personales. Las partes necesitan ser conscientes de esta confidencialidad para que puedan confiar plenamente en el mediador.

---

<sup>86</sup> En la reciente Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Madrid, por ejemplo, se establece en el artículo 12 como calificación para los mediadores familiares: Para ejercer la mediación de familia en los términos previstos en esta Ley e inscribirse en el Registro de Mediadores Familiares de la Comunidad de Madrid, deberá acreditarse el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Estar en posesión de un título universitario de grado superior o medio con validez en territorio español.

b) Acreditar las acciones formativas teórico-prácticas específicas de mediación, en los términos que reglamentariamente se determine.

Generalmente los cursos de capacitación están compuestos por dos etapas: teórica y práctica y tienen de 40 a 60 horas/aula.

<sup>87</sup> Sobre la capacitación de los mediadores, ver: FOLBERG, J. y TAYLOR, A. *Op. Cit.*, 1997, p. 229-238.

Ese punto trae a la luz cuestionamientos sobre los límites de esta confidencialidad. ¿Qué debe hacer el mediador cuándo conoce algún delito de orden pública a través de una sesión de mediación? Particularmente, creo que el principio de la confidencialidad debe ser relativizado en estos casos.<sup>88</sup> El mediador debe denunciar el hecho a las autoridades competentes para que se brinde la protección adecuada, porque él no tiene competencia para mediar en situaciones que envuelvan “crímenes.”<sup>89</sup>

Las partes tienen derecho a un proceso justo y equitativo. Para tanto, el mediador debe mantenerse imparcial durante todo el procedimiento. De este modo, no puede existir cualquier condición capaz de afectar su **imparcialidad**. Muchos autores hablan de la neutralidad del mediador. Desde mi punto de vista esta es una infeliz palabra para caracterizar este profesional, puesto que nadie es neutral. Es decir, todas las personas tienen sus juicios de valor que son contruidos a lo largo de la vida, de acuerdo con sus convicciones políticas, religiosas, culturales etc. En este sentido, el mediador no es neutral con relación a la situación conflictiva, pero él puede y debe ser imparcial.

El reconocimiento de la imposibilidad de la neutralidad contribuye a asegurar la imparcialidad porque proporciona al mediador una oportunidad de evaluar sus posiciones y la necesidad de actuar de forma igualitaria, sin dejarse llevar por sus valores y creencias. Oportunas son las palabras de Rosane Mantilla: “Hoy no se piensa en la conducta del mediador como un tercero neutro, sino como alguien que asume una posición de equidistancia entre ambas partes, que favorece una distribución equitativa de poder entre ellas.”<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> Este entendimiento es corroborado por gran parte de la doctrina. Ver: HOYOS, Flor. Mediación y mediación social. En: LOPEZ, R. *Las múltiples cara de la mediación. Y llegó para quedarse*. Valencia: Universitat de València: 2007, p.17.

<sup>89</sup> Cuando yo trabajaba en un Proyecto de Mediación Comunitaria en Ceará, en Brasil, durante una sesión de mediación familiar, quedó evidenciado que el padre violaba frecuentemente su hija. La madre conocía la situación, pero tenía miedo de la reacción de su marido. Yo interrumpí el proceso y decidí, juntamente con la directora de la institución, denunciar el delito. Tal denuncia fue hecha al consejo tutelar de menores de forma anónima.

<sup>90</sup> MANTILLA, Rosane. *Mediação social: Uma experiência de trabalho em comunidade de baixa renda*. Em: MUSTZKAT, Malvina (org.). *Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Summus, 2003, p. 92.

Traducción del texto original: “Hoje não se pensa na conduta do mediador como um terceiro neutro, mas como alguém que busca uma posição de equidistância de ambas as partes, que favorece uma distribuição equitativa de poder entre elas.”

La imparcialidad de este profesional debe extenderse a todas sus actuaciones, pues no se resume en proporcionar iguales oportunidades a las partes. Patricia Aréchaga, Florencia Brandoni Andrea Finkelstein resaltan:

En términos generales, se sostiene que: el mediador no someterá a su propio juicio moral la conducta ni las pretensiones de los disputantes, así como tampoco las propuestas de solución que se den. Dará lugar al sistema valorativo y cognitivo de los disputantes. Se abstendrá de poner en juego sus afectos, simpatías y antipatías, que lo comprometan en el enfrentamiento. Pondrá en suspenso su universo valorativo y afectivo. Se destituirá narcisísticamente. Evitará el establecimiento de alianzas con las partes y se abstendrá de caer en las propuestas de parcialidad a que eventualmente éstas lo induzcan<sup>91</sup>.

### **1.3 Modelos de mediación**

Se diferencian tres modelos clásicos de mediación que presentan distintas epistemologías: “el modelo tradicional lineal o modelo de Harvard” (Fisher y Ury); “el modelo transformativo” (Bush y Folger) y “el modelo circular narrativo” (Sara Cobb).

De entrada, es importante esclarecer que estos modelos sirven de guía para orientar la acción mediadora. No es adecuado establecer una comparación de mérito entre ellos, siendo cada uno, o la mezcla de ellos, más conveniente a cada tipo de conflicto. El inscribirse en uno u otro dependerá tanto de la formación y de la experiencia del mediador, como del ámbito en que se realice la mediación.

#### **1.3.1 Modelo Tradicional Lineal (Fisher y Ury)**

A diferencia del modelo transformativo y del modelo circular narrativo, que serán abordados posteriormente, el modelo tradicional de Harvard no es propiamente un sistema de mediación sino una escuela de

---

<sup>91</sup> ARÉCHAGA, Patricia; BRANDONI, Florencia; FINKELSTEIN, Andrea. *Op. Cit.*, 2004, p.91.

negociación asistida, cuyos métodos suelen ser utilizados en la acción mediadora.

El modelo tradicional lineal, también conocido como mediación directiva, tiene como finalidad primordial el acuerdo, alcanzado a través de una negociación colaborativa, asesorada por un tercero competente e imparcial. Sus principales idealizadores fueron Fisher y Ury,<sup>92</sup> ambos de la Universidad de Havard, que pasaron a investigar métodos de negociación a partir de la década de setenta. Sus ideas principales, ya expuestas en lo referente a la negociación, implican destacarse cuatro puntos básicos:

- Separar las personas del problema;
- Centrarse en los intereses, no en las posiciones;
- Pasar de las posiciones a las opciones, trabajando creativamente en las propuestas de acuerdo;
- Privilegiar el uso de criterios objetivos.

Para este modelo, lo importante es conseguir la satisfacción de los intereses y no ampliar la comunicación o modificar la relación entre las partes. De este modo, no está centrada en estas relaciones y si en el contenido de la comunicación para lograr el acuerdo.

El modelo de Havard defiende una concepción lineal de la causalidad: hay una razón para la existencia de este conflicto, que es justamente el desacuerdo. En esta perspectiva, el modelo tradicional no tiene en cuenta que las causas del problema pueden ser múltiples.

---

<sup>92</sup> Como ya he resaltado en el apartado que aborda la negociación, Roger Fisher y Ury William forman parte del proyecto de negociación de Harvard y publicaron importantes obras sobre el tema de la negociación y de la mediación. Se destacan:

URY, William, y otros. *Sí de acuerdo. Cómo negociar sin ceder*. Colombia: Norma, 1994.

\_\_\_\_\_. *Supere el no: Cómo negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles*. Barcelona: Gestión 2000, 1997.

\_\_\_\_\_. *Alcanzar la paz resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*. Madrid: Paidós, 2005.

\_\_\_\_\_. FISHER, Roger. *Obtenga el sí: El arte de negociar sin ceder*. Barcelona: Gestión 2000, 2005.

Se utiliza el lenguaje lineal con la finalidad de clarificar el conflicto y disminuir las diferencias para llegar en un denominador común. El mediador es considerado como un facilitador del diálogo. La comunicación verbal es hecha por medio de preguntas abiertas, tratando de evitar interrogatorios cerrados (preguntas cuyas respuestas pueden resumirse en si o no). El contexto de la controversia no es determinante en la negociación, por eso la discusión se proyecta sobre el futuro y no sobre el pasado de la relación conflictiva.

El mediador no centra las conversaciones sobre las emociones negativas. En verdad, él da especial énfasis a los puntos de concordancia entre las partes, intentando “superar el caos, para lograr una nueva situación basada en el orden.”<sup>93</sup> Este profesional resalta la importancia de la colaboración entre las partes, de manera que no haya vencedores ni perdedores, sino que cada una pueda satisfacer una porción de su pretensión inicial.

Debido a estas características, el modelo tradicional de Harvard suele ser más utilizado en las controversias derivadas de negociaciones comerciales. Es de inspiración utilitarista y presenta clara ventajas para la solución de conflictos que no necesitan un trabajo exhaustivo para restablecer la relación entre los participantes, sino solucionar el problema de modo menos costoso, más rápido y eficaz.

Por otro lado, cuando aplicado en contextos más complejos, el modelo tradicional puede fatalmente conducir al error de reducir los conflictos a problemas, aislándolos. En el intento de solventarlos, lo que hace es ocultarlos. Este modelo también ha sido criticado por ser insensible en relación con las emociones de las partes, ya que se concentra solamente en el deseo de alcanzar el acuerdo.

Sin dudas, la creación de este modelo estructurado de solución de conflictos, basado en la acción colaborativa, fue de suma importancia para el desarrollo posterior de la mediación propiamente dita.

---

<sup>93</sup> DIEGO, Raúl de; GUILLÉN, Carlos. *Op. Cit.*, 2006, p. 58.



### 1.3.2 Modelo Transformativo (Bush y Folger)

Al contrario de lo anterior, el modelo transformativo está orientado hacia la comunicación y las relaciones interpersonales de las partes. “Para ellos el objetivo de la mediación no es el acuerdo, sino el desarrollo del potencial de cambio de las personas al descubrir sus propias habilidades.”<sup>94</sup> En verdad, el acuerdo será el resultado del cambio producido por la mediación.

Los estudiosos del tema R. Bush y J. Folger presentaron la mediación transformativa en 1994.<sup>95</sup> Este modelo tiene por finalidad provocar un cambio constructivo en la relación de los participantes por medio de una visión positiva del conflicto, que pasa a ser visto como una oportunidad de perfeccionamiento.

El modelo transformativo trabaja fundamentalmente con los conceptos de revalorización y reconocimiento.<sup>96</sup> Aquí es importante fortalecer el “yo”. Potenciar el protagonismo; trabajar la autoafirmación (*empowerment*)<sup>97</sup> y la autoestima, en la medida en que también privilegia el reconocimiento del otro (*recognition*). En la mediación, las partes experimentan la posibilidad de

---

<sup>94</sup> DIEZ, Francisco; TAPIA, Gachi. *Herramientas para trabajar en mediación*. Buenos Aires: Paidós, 1999, p. 26.

<sup>95</sup> BUSH, Robert; FOLGER, Joseph. *The promise of mediation: Responding to conflict through empowerment and recognition*. San Francisco: Jossey Bass, 1994.

La versión en castellano del libro fue publicada en 1996:

BUSH, Robert; FOLGER, Joseph. *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento y el reconocimiento de los otros*. Buenos Aires: Granica, 1996.

<sup>96</sup> Sobre la revalorización y el reconocimiento en la mediación transformativa, ver:

DIEGO, Raúl de; GUILLÉN, Carlos. *Op. Cit.*, 2006, p. 57-58.

<sup>97</sup> En la primera traducción del libro de Bush y Folger (1996) para el castellano, el término inglés “empowerment” aparece como revalorización. Al utilizar el término “*empowerment*”, Marínés Suares entiende que “puede ser entendido como potenciamiento del protagonismo, o sea como algo que se da dentro de una relación, por lo cual las personas potencian aquellos recursos que le permiten ser un agente, un protagonista de su vida, al mismo tiempo que se “hacen cargo”, responsables de sus acciones.

SUARES, Marínés. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós, 1999, p. 60.

Milagros Otero, por su parte, entiende que “El *empowerment* incide en afianzar la fortaleza del individuo para que esté más capacitado y tenga más posibilidades de triunfo al enfrentarse a cualquier circunstancia que le sea adversa. La *recognition* prepara al individuo para experimentar preocupación por los otros, especialmente por aquellos que presentan intereses distintos de los suyos.”

OTERO, Milagros. Los modelos teóricos de la mediación. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 163.

tener una mejor consciencia de si mismo y del otro a partir del desarrollo de su capacidad para resolver sus propios conflictos.

Por eso, se dice que la mediación trasformativa proporciona el crecimiento moral de las personas. La revalorización torna las partes más conscientes de sus propias habilidades creativas. Además, promueve una comprensión más clara de la situación, lo que permite a las partes un mayor entendimiento de sus metas y de los intereses de la otra.

Los autores sugieren una descomposición de la revalorización en cinco aspectos: revalorización por referencia a las metas, revalorización de las alternativas, revalorización de las habilidades, revalorización de los recursos y revalorización en relación a la decisión. Bush y Folger afirman que una parte resulta revalorizada en una mediación:<sup>98</sup>

#### En relación a las metas cuando:

- Alcanza una comprensión más clara de lo que le importa y por qué, al mismo tiempo que una comprensión en el sentido de que aquello que le importa en efecto es importante;
- Comprende cuáles son sus metas e intereses en la situación dada, por qué persigue esa meta, y que ellas son importantes y merecen consideración.

#### En relación a las alternativas cuando:

- Cobra consciencia de la gama de alternativas que puede garantizarle total o parcialmente la obtención de sus metas, y de su control sobre esas alternativas.;
- Comprende que existen decisiones con respecto a lo que debe hacer en la situación, y que ejerce cierto control sobre dichas decisiones;
- Comprende que puede elegir si continuará en la mediación o la abandonará, si aceptará o rechazará el consejo jurídico o de cualquier otro carácter, se aceptará o rechazará una posible solución, etc.;
- Comprende que, al margen de las restricciones externas, siempre se le ofrecen algunas alternativas, y el control sobre las mismas es exclusivamente suyo.

---

<sup>98</sup> BUSH, Robert; FOLGER, Joseph. *Op. Cit.*, 1996, p. 135-138.

### En relación a las habilidades cuando:

- Acrecienta o aumenta sus propias habilidades en la resolución de conflictos;
- Aprende el mejor modo de escuchar, comunicar, organizar, utilizar la técnica del *brainstorm*, evaluar soluciones alternativas, etc., y después fortalecer esas cualidades utilizándolas prácticamente en la mediación.

### En relación a los recursos cuando:

- Cobre renovada conciencia de los recursos que ya posee (o que están al alcance de su mano) para alcanzar sus metas y objetivos;
- Comprende más claramente que antes que tiene algo que es valioso para la otra parte; posee la capacidad de comunicarse o persuadir eficazmente; puede redistribuir sus recursos de modo que tengan más alcance; sus recursos son suficientes para promover una solución que antes no se contempló; puede aumentar sus recursos explotando una fuente suplementaria de apoyo a la que antes no había contemplado.

### Por fin, en relación a la decisión, cuando:

- Refleja, delibera y adopta decisiones conscientes por sí misma acerca de lo que quiere hacer, incluyendo decisiones acerca de lo que hará en las discusiones de la mediación, y a la posibilidad de acordar y el modo de hacerlo, o de los restantes pasos que dará;
- Evalúa plenamente las cualidades y las debilidades de sus propios argumentos (y de la otra parte), las ventajas y desventajas de las posibles soluciones y de las alternativas que excluyen el arreglo, y adopta decisiones a la luz de sus evaluaciones.

Sintiéndose revalorizadas, las partes se convierten capaces de reconocerse mutuamente. El reconocimiento hace que cada mediado se proponga a aceptar la posición contraria de modo empático. Bush y Folger afirman que una parte concede reconocimiento una hacia la otra cuando:

comprende que, más allá de poseer la fuerza necesaria para resolver su propia situación, posee la capacidad de reflexionar, considerar y reconocer en cierto modo la situación de la otra parte, no sólo como estrategia para facilitar su propia situación, sino por un impulso de sincero aprecio a la dificultad humana en que se encuentra el otro. Y cuando comprende que se siente bastante seguro como para cesar de pensar exclusivamente en su propia situación, y concentrarse hasta cierto punto en lo que está viviendo la otra parte.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> BUSH, Robert; FOLGER, Joseph. *Op. Cit.*, 1996, p. 141.

Una vez producidos estos cambios, los mediados no sólo reconocen su capacidad para comprender la situación del otro, sino que presentan el deseo real de hacerlo. Este reconocimiento sucede en tres planos distintos: el pensamiento, la palabra y la acción.<sup>100</sup>

La comunicación en el modelo transformativo utiliza preguntas circulares que exigen de las partes una reflexión sobre el conflicto, sobre las perspectivas del otro y sobre las posibilidades de acuerdo. Logra reinterpretar la conducta anterior de cada uno de los mediados, favoreciendo un cambio de punto de vista para una solución creativa y que satisfaga a todos.

El modelo transformativo se presenta como una propuesta de fortalecer el espíritu colectivo. Eso porque sus resultados vislumbran transformar el conflicto, buscando un retorno a la idea de comunidad. Es decir, se intenta lograr el bien común en detrimento del bien particular. Ese es justamente el aspecto más criticado de este modelo. Milagros Otero advierte:

Presenta una clara falta de sensibilidad hacia lo suyo de cada uno, o lo que es mismo su derecho, amparándose en una búsqueda del bien común y de lo colectivo. Búsqueda que a mi entender es plausible pero que corre el riesgo de conducir hacia una sociedad ficticia si con ella se obvian los derechos de cada individuo que son la causa clara de todos los conflictos que deben ser mediados.<sup>101</sup>

Debido a estas características, el modelo transformativo es adecuado para la solución de conflictos sociales, tales como conflictos multiculturales, en los cuales suelen estar presentes prejuicios, actitudes raciales, acusaciones mutuas de inferioridad y de culpabilidad. En estos contextos, es favorable transformar las relaciones para que haya una mayor valorización del uno y el reconocimiento del otro.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> BUSH, Robert; FOLGER, Joseph. *Op. Cit.*, 1996, p.142

<sup>101</sup> OTERO, Milagros. *Op. Cit.*, 2007, p. 168. 158 - 172

<sup>102</sup> Sobre la aplicabilidad de los modelos de mediación en los conflictos multiculturales, ver: GIMÉNEZ, Carlos. *Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural*. En: Revista Migraciones n. 10, diciembre de 2001.

El autor desarrolla un estudio detallado sobre los modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural. En una de sus conclusiones, afirma: "Es posible sintetizar los énfasis respectivos en el acuerdo, la mejora de la relación y la comunicación. Más allá de la obsesión por búsqueda y logro del acuerdo (historia de la satisfacción), el énfasis debe ser puesto en

### 1.3.3 Modelo circular narrativo (Sara Cobb)

El modelo circular narrativo es una mezcla de los anteriores. Del mismo modo que en el modelo transformativo, el acuerdo no es la finalidad primordial. La solución es consecuencia y se producirá cuando, por medio de una comunicación eficaz, se deshagan los impedimentos que la dificultan. Focaliza el trabajo en las narraciones de los mediados con el objetivo de alcanzar una transacción, así como de introducir una nueva forma de comunicación e integración entre ellos.

Fue idealizado por Sara Cobb, terapeuta estadounidense que relacionó la mediación con las teorías de la comunicación.<sup>103</sup> El modelo desarrollado por Sara Cobb está basado en teorías multidisciplinarias, sobre todo que hacen referencia a la comunicación (teoría de la comunicación de Baterson, Watzlawick y otros autores; teoría del observador elaborada por Heinz Von Foerster y Maturana; el construccionismo social de Kenneth Gergen; y la teoría posmoderna del significado desarrollada por Michael White, entre otros).

Tiene como punto de partida la causalidad circular de los conflictos, en otras palabras, se reconocen las múltiples causas de estas disputas, las cuales se retroalimentan constantemente en las relaciones interpersonales.

---

establecimiento de una adecuada comunicación y en la mejora de la relación, lo cual redundará en acuerdos más sólidos y duraderos”.

<sup>103</sup> Desde el inicio de los noventa, Sara Cobb viene publicando diversos artículos sobre la mediación con énfasis en la comunicación, tales como:

COBB, Sara. Resolución de conflictos: una nueva perspectiva. *Acta Psiquiátrica y Psicológica de América Latina*, 37 (1), 1991, p. 31-36.

\_\_\_\_\_. *Einsteinian practice and Newtonian discourse: ethical crisis in mediation*. *Negotiation Journal*, 7 (1), 1991, p. 87-102.

\_\_\_\_\_, y RIFKIN. *Neutrality as a discursive practice: the construction and transformation of narratives in community mediation*. *Studies in law, politics and society* n. 11, 1991, p. 69-91.

\_\_\_\_\_. La Neutralidad como práctica discursiva. La construcción y transformación de narrativas en la mediación en comunidades. Material bibliográfico del curso "Negociación y resolución de conflictos", Universidad de California, Santa Bárbara, agosto - septiembre de 1995.

\_\_\_\_\_. Una perspectiva narrativa de la mediación. hacia la materialización de la metáfora de "narración-de-historias" Material bibliográfico del curso "Negociación y resolución de conflictos", Universidad de California, Santa Bárbara, agosto - septiembre de 1995.

\_\_\_\_\_. Hacia un nuevo discurso para la mediación. Una crítica sobre la neutralidad. Material bibliográfico del curso "Negociación y resolución de conflictos", Universidad de California, Santa Bárbara, agosto - septiembre de 1995.

La comunicación también es entendida de forma circular. Aplica técnicas de connotación positiva; reformulación y preguntas. El mediador debe ser capaz de cambiar la perspectiva inicial y parcial de cada una de las partes, construyendo una nueva historia del conflicto que las permita ver la disputa desde otro ángulo. Para eso, aumenta las diferencias entre las partes, como explica Marinés Suares: “Aumentar las diferencias: no borrarlas ni disminuirlas, sino permitir que se manifiesten y aumenten hasta un determinado punto, pues si no, llegaríamos al caos total, que tiene que ver con el concepto de entropía.”<sup>104</sup>

Al contrario del modelo de Harvard, que afirma que las personas acuden a la mediación en una “situación de caos”, para este modelo, las partes llegan a la sesión en una “situación de orden”, la cual es fundamentada en un discurso rígido e inmutable que las impide de cambiar sus posicionamientos. El modelo circular narrativo objetiva introducir el caos en el orden individualmente establecido. Para transformar la dinámica de los problemas, es indispensable cambiar la narrativa de las partes, generando una historia alternativa. Por eso, el contexto es esencial para la comprensión de los conflictos.

La legitimación de las personas es un trazo característico de este tipo de mediación. Dicho de otro modo, se construye para cada uno de los mediados un lugar legítimo dentro de la discusión.

El modelo circular narrativo tiene una amplia aplicabilidad porque prioriza tanto el acuerdo como las relaciones. Debido sus características, es adecuado a la resolución de conflictos en que hay el interés de continuidad de estas relaciones, tales como: familiares, de vecinos, entre otros.

La principal crítica a este arquetipo es que él puede conducir al error de confundirse la mediación con la terapia familiar porque se trata de una propuesta excesivamente terapéutica. En este sentido, son importantes las diferenciaciones establecidas por Trinidad Bernal:

---

<sup>104</sup> SUARES, Marinés. *Op. Cit.*, 1999, p. 62.

Se diferencia claramente de la terapia en el objetivo que cada proceso plantea. El asunto y el establecimiento de un acuerdo en forma de documento escrito es lo que se pretende en mediación, mientras que la psicoterapia tiene como objetivo la persona o la relación y el producir un cambio cognitivo, conductual y/o afectivo. También existen diferencias en la manera de abordar las emociones: en mediación se controlan y dirigen para que no interfieran y así conseguir el acuerdo y en la terapia se exploran para analizar y tratar el conflicto psicológico. La naturaleza del proceso es otra de las diferencias que podemos observar entre los dos procesos: en mediación es legal o cuasilegal, es decir, mezcla asuntos legales y emocionales, mientras que la terapia es un acontecimiento psicológico o personal. La cuantía de información, igualmente, diferencia la mediación y la terapia: en la primera se necesitan datos antecedentes y actuales de los sujetos y/o de la relación; en la mediación no, incluso un exceso de información podría perjudicar la imparcialidad.<sup>105</sup>

De hecho, es fundamental que los mediadores comprendan claramente sus funciones. Ellos deben actuar como mediadores en las sesiones, aunque sean calificados en otras áreas del conocimiento (abogados, psicólogos, etc.).

Existen en la actualidad propuestas distintas que tienen como base los modelos clásicos estudiados y que se adecuan a los diferentes ámbitos de la mediación.<sup>106</sup>

---

<sup>105</sup> BERNAL, Trinidad. *Op. Cit.*, 2007, p. 113.

<sup>106</sup> De estos modelos, cumple destacar:

- **El modelo de elección de estrategias**, idealizado por Carnevale (1986), tuvo una gran repercusión y sirvió de base para modelos posteriores; estableció cuatro estrategias de acción que pueden usar el mediador: integración, presión, compensación e inacción. La elección por una u otra estrategia dependerá del interés del mediador para que las partes consigan el acuerdo y de la percepción del campo común, o sea, de la probabilidad de que las partes encuentren una solución mutuamente satisfactoria. Afirma que cuando los mediadores actúan condicionados por una alta presión temporal, utilizan un mayor número de estrategias de presión. Según Carnevale, la razón de tal comportamiento se debe a que el interés del mediador por el acuerdo y/o la percepción del campo común disminuyen con el paso del tiempo.

CARNEVALE, P.J. Strategic Choice in Mediation. *Negotiation Journal*, 1986, n. 2, 41-56.

\_\_\_\_\_; Conlon, D. E. Time pressure and strategic choice in mediation. *Organizational Behaviour and Human Decision Process*, 1988, n.42, 111-133.

\_\_\_\_\_; Henry, R. Determinants of mediator behaviour: A Test of the Strategic Choice Model. *Journal of Applied Social Psychology*, 1989, n.19, 481 -98.

\_\_\_\_\_; Lawler, E. J. Time pressure and the development of integrative agreements in bilateral negotiation. *Journal of Conflict Resolution*, 1986, n. 30, 636-659.

\_\_\_\_\_; Pegnetter R. The Selection of Mediation Tactics in Public Sector Disputes: A Contingency Analysis. *Journal of Social Issues*, 1985, n. 41, 65-81.

\_\_\_\_\_; Conlon, D.E., Hanisch, K.A. y Harris, K.L. (1989). Experimental Research on the Strategic-Choice Model of Mediation. En K. Kressel, y D.G. Pruitt, (ed.) *Mediation Research: The Process and Effectiveness of Third-Party Intervention*. San Francisco: Jossey-Bass, 1989, p. 345-367.

## 1.4 Ventajas e inconvenientes de la mediación

La mediación presenta diversas ventajas tanto para los mediados como para la sociedad. Al apuntar las ventajas de este procedimiento no se pretende defender que la mediación sea la mejor forma de solución de conflictos o identificarla como la panacea para los problemas del mundo, ya que la misma tiene limitaciones formales y materiales y debe convivir armoniosamente con el Poder Judicial.

Para una mejor comprensión, se abordarán las ventajas de la mediación en dos perspectivas. En primer lugar, se analizarán los beneficios del procedimiento relacionados con las partes y, posteriormente, los relacionados con la sociedad.<sup>107</sup>

### 1.4.1 Ventajas de la mediación relacionadas con las partes

Una de las principales ventajas de la mediación es posibilitar que las propias partes, verdaderas conocedoras de sus necesidades y limitaciones, decidan la solución para sus conflictos con la ayuda del mediador.

---

- **El modelo tópico**, postulado por Luis Bandieri, toma por base la discusión que se produce entre las partes, buscando el sentido común. El mediador incentiva la discusión basada en topoi, que identifiquen elementos comunes y traten de ofrecer una solución justa de acuerdo con los parámetros así considerados por las partes y por la sociedad.

BANDIERI, Luis. La mediación tópica. Argentina: Universitas, 2007.

- **El modelo de contingencia de estrategias**, creado por Wagner y Hollenbeck, da énfasis en el poder que tienen las partes para la solución del conflicto. El modelo se centra en los mecanismos específicos que se emplean en los distintos contextos de la mediación. El mediador debe analizar todas las variables del conflicto, sobre todo si hay desequilibrio de poder entre las partes, y a partir de ahí, elegir el mejor tipo de intervención.

WAGNER, J. A.; HOLLENBECK, J. R. Comportamiento organizativo. Madrid: Thomson, 2004.

- **El modelo de la competencia**, utilizado por Trinidad Bernal en las mediaciones de ruptura de pareja, parte del Modelo de Competencia de Poser (1976). Tiene por objetivo establecer una relación de confianza entre las partes y el mediador, que les permitan una buena toma de decisión. "Es un modelo educativo, cuyo objetivo es brindar los recursos teóricos y las habilidades necesarias para que las partes pongan en marcha una serie de cambios que les lleve a no aferrarse a su interpretación de los hechos y de la conducta del otro, de manera que puedan cambiar la forma de abordar los conflictos y establecer acuerdos consensuados."

BERNAL, Trinidad. *Op. Cit.* 2002, p. 102

<sup>107</sup> Milagros Otero sintetiza en tres grupos distintos las razones que recomiendan la mediación: a) Razones relativas a la economía de costos; b) Razones que inciden en un más adecuado ejercicio de los derechos; c) Razones que se cimientan en la efectividad de la fórmula utilizada. Disponible en: OTERO, Milagros. Ventajas e inconvenientes de la mediación. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 146.



Las personas llegan a la sesión de mediación fragilizadas, alteradas emocionalmente. La posibilidad de participación en el proceso fortalece los mediados y permite que ellos se sientan valorizados. Aquí el individuo es reconocido como parte principal y cada uno es considerado un ser único, cuyos deseos y limitaciones deben ser respetados.

Con la participación activa, las partes se sienten más implicadas en los acuerdos alcanzados lo que facilita el cumplimiento de las decisiones, dicho de otro modo, la mediación favorece la consecución de acuerdos a largo plazo. Además, como no debe haber perdedores en este proceso, es común observar un alto nivel de satisfacción con las soluciones.

Cuando la solución de un conflicto resulta en victoria de una parte sobre la otra es difícil contemplar la continuación pacífica de esta relación. Por otro lado, cuando no hay ganadores ni perdedores, como propone un proceso de mediación, se facilita el mantenimiento de estas relaciones.

Se pone el acento en el futuro y no en los problemas del pasado. María Isabel González sintetiza esas ideas, afirmando:

Si, eventualmente, el proceso de mediación seguido tiene por efecto que las partes mejoren su comunicación y ello les conduce a la superación de sus diferencias, en la medida que ellas mismas lo han logrado, el grado de compromiso mutuo alcanzado y la satisfacción les llevará a cumplir los acuerdos a los que hayan llegado sin más, así como perfeccionar el modo en el que se relacionarán en el futuro y en el que mejorarán sus relaciones. Así, la mediación habrá cumplido su función al procurar el conocimiento de las personas y fomentar su comunicación, lo cual les permitirá entenderse y, en suma, convivir de un modo tendencialmente menos conflictivo en el futuro.<sup>108</sup>

Debido a su flexibilidad e informalidad, las mediaciones suelen ser rápidas en la gran mayoría de los casos, dependiendo de la complejidad de los

---

<sup>108</sup> GONZÁLEZ, M. Isabel. Los métodos alternativos de resolución de conflictos. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 137.

conflictos y de la voluntad de los mediados. La “rapidez” es importante porque evita la escalada del conflicto y el desgaste emocional de las partes.

En la literatura pertinente es común presentarse la mediación como una vía más barata de solución de conflictos. Flor Hoyos corrobora ese entendimiento, afirmando: “La mediación previene y resuelve los conflictos en el menor tiempo posible y con menor coste, ahorra por tanto energía, tiempo o dinero, pero sobre todo evita cargas emocionales sostenidas en el tiempo e intenta restablecer relaciones en lugar de deteriorarlas.”<sup>109</sup> No obstante, un proceso de mediación en la práctica no es necesariamente una vía de coste reducido. El valor total dependerá de una serie de factores: del mediador o de la institución que él representa; de la naturaleza de la disputa; del número de sesiones necesarias; etc.

Los mediados también son beneficiados con la confidencialidad del proceso. Todo lo discutido en las sesiones de mediación es confidencial, salvo en los casos ya apuntados en este trabajo. Eso proporciona tranquilidad para las partes, que se sienten más cómodas para hablar abiertamente de sus problemas íntimos.<sup>110</sup>

La igualdad en la mediación también representa una ventaja. Las partes tienen las mismas oportunidades en el proceso. Las diferencias sociales, políticas, raciales, culturales y económicas son respetadas. Se privilegia el tratamiento igual de los mediados, con la finalidad de promover una mayor aproximación e interacción entre ellos.

La mediación también es ventajosa para las partes porque utiliza capacidades alternativas para producir acuerdos creativos que no están basados en leyes sino en sus propias necesidades. Dora Fried y Jorge Schnitman, al abordar las potencialidades generativas del diálogo, afirman:

---

<sup>109</sup> HOYOS, Flor. Mediación y mediación social. En: LOPEZ, R. *Las múltiples cara de la mediación. Y llegó para quedarse*. Valencia: Universitat de València: 2007, p. 19.

<sup>110</sup> Incluso, el mediador puede incrementar este deber de confidencialidad, ofreciendo a las partes la oportunidad de firmar un convenio, a través de lo cual quede plasmado el compromiso de sigilo, valido tanto para las partes como para el propio mediador.

“Esta capacidad generativa del diálogo ofrece posibilidades no anticipadas ni pensadas, transforma potencialidades en nuevas realidades existenciales y acerca la experiencia de resolución alternativa de conflictos al carácter abierto y siempre incompleto del aprendizaje y la creatividad.”<sup>111</sup>

#### 1.4.2 Ventajas de la mediación relacionadas con la sociedad

Las ventajas de la mediación también se extienden para la sociedad de un modo general. Entiendo que uno de los principales beneficios de la mediación es la introducción de la cultura del diálogo transformador.<sup>112</sup> ¿En este mundo globalizado en que vivimos, en lo cual se verifica la coexistencia de múltiples culturas, cómo debemos proceder para que los antagonismos no resulten en violencia u opresión? El diálogo cooperativo constituye un importante herramienta para enfrentar estos desafíos. Él posibilita que no haya una única verdad, una lógica universal. Así, para que podamos permanecer como partícipes activos de este proceso, debemos mantener nuestra capacidad de dialogar y no simplemente suprimir las voces de los más débiles.

Otro punto fundamental de la mediación está relacionado con la voluntariedad del proceso, que confiere un mayor protagonismo de las personas delante de sus problemas, lo que se traduce en un importante ejercicio de libertad y de ciudadanía.

La concepción de ciudadanía evolucionó conjuntamente con las formas de estado (liberal- social- democrático) y con las dimensiones de los derechos fundamentales. Ser ciudadano no es únicamente votar en las

---

<sup>111</sup> SCNITMAN, Dora; SCHNITMAN, Jorge. La resolución alternativa de conflictos: Un enfoque generativo. En: SCNITMAN, Dora (comp.). *Nuevos paradigmas en La resolución de conflictos: Perspectivas y prácticas*. Barcelona: Granica, 2000, p. 140.

<sup>112</sup> Sobre el tema ver: GERGEN, Kenneth. Hacia un vocabulario para el diálogo transformador. En: SCNITMAN, Dora (comp.). *Nuevos paradigmas en La resolución de conflictos: Perspectivas y prácticas*. Barcelona: Granica, 2000, p. 43-71. El autor propone la difusión del diálogo transformador, que él conceptúa como “cualquier tipo de intercambio que logra transformar una relación entre individuos comprometidos con realidades diferentes y antagónicas (y con sus prácticas conexas), en una relación en la que puedan construirse realidades comunes y consolidadas.”

elecciones y pagar debidamente sus impuestos. En verdad, ser ciudadano es ser consciente; participar activamente de la vida social; es tener capacidad de exigir derechos y ejercer deberes, etc.

La mediación proporciona un mayor ejercicio de la ciudadanía activa, la cual es presupuesto de la democracia participativa. Incrementa la emancipación e inclusión social, en la proporción que aumenta la autodeterminación de los individuos. Luis Alberto Warat afirma:

“Las prácticas sociales de mediación se configuran en un instrumento de ciudadanía, en la medida en que educan, facilitan y ayudan a producir diferencias y a realizar tomas de decisiones, sin la intervención de terceros que deciden por los afectados en un conflicto. Hablar de autonomía, de democracia y de ciudadanía, en un cierto sentido, es ocuparse de la capacidad de las personas para autodeterminarse en sus relaciones con los demás (...)”<sup>113</sup>

Se incentiva la consecución de un acuerdo que contemple una solución mutuamente satisfactoria y que no privilegie a una u otra parte. En ese sentido, la mediación es un mecanismo que promueve la solidaridad, pues intenta lograr una postura solidaria entre los participantes a partir del reconocimiento de si y del otro.<sup>114</sup>

Otra ventaja de la mediación es la promoción de la pacificación social. Es importante esclarecer que tal pacificación no significa ausencia de conflictos. Como ya fue dicho, los conflictos son naturales, necesarios y, en el caso de ser bien administrados, promueven el crecimiento personal. Se habla de paz en un sentido amplio, que presupone como elemento primordial la comunicación; el diálogo cooperativo.

---

<sup>113</sup> Traducción del texto original: “ As práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício de cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidam pelos afetados em um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros (...). Disponible en: WARAT, Luís Alberto. *Op. Cit.*, 2001, p. 88.

<sup>114</sup> En general, se alcanza el reconocimiento después de un cierto grado de recuperación del poder de cada una de las partes (*empowerment*). A partir de ahí, ellas actúan de modo más sensible hacia la situación del otro mediado.

Con el cambio en la percepción, en la capacidad cognitiva y en nivel de consciencia de las personas, se promueve una mayor capacitación de las mismas para resolver pacíficamente sus controversias sin uso de violencia física o moral; se produce un deuteroprendizaje. Marines Suárez esclarece que:

Al solucionar un conflicto, como subproducto de esto uno puede adquirir la capacidad de solucionar otros futuros conflictos en la misma área en la cual se presentó el anterior o aun en otras áreas diferentes. Esto ha recibido también el nombre de “transferencia de aprendizaje” o “conocimiento tácito”. A veces las partes no son conscientes de este aprendizaje en el momento en que lo adquieren, aunque se ven las consecuencias, a posteriori, cuando enfrentan otro conflicto.<sup>115</sup>

Igualmente, a partir de la comprensión de los principios de la mediación y de la importancia del diálogo, las personas pasan a tener discernimiento para saber lo que realmente constituye una controversia y cómo resolverla. Eso porque muchas veces el conflicto no pasa de una mala comprensión de la realidad, una interpretación individual de la situación.

De este modo, la mediación contribuye a la construcción de un nuevo censo común basado en los ideales de autonomía, emancipación, participación, igualdad, responsabilidad, solidaridad y pacificación. Es decir, la mediación está de acuerdo con los principios democráticos.

No se puede olvidar que este instrumento todavía confiere un cierto alivio de los tribunales y un mayor “acceso a la justicia”, si entendemos la justicia en un sentido amplio. Pastor Prieto afirma:

Los MASC pueden constituir una mejora en la medida que reducirían la demanda (disminuiría la ineficiencia de la demanda que ahora existe), permitiría que los tribunales se concentrasen en aquello que hacen mejor y producirían más y mejor, con lo cual, el sistema podría ser más rápido y padecer menor dilación. Además, facilitaría el acceso, si no a la justicia, sí a un medio de tutela que de otra manera no existiría debido a los altos costes de las reclamaciones. También

---

<sup>115</sup> SUARES, Marinés. *Op. Cit.*, 1999, p. 53.

tendría efectos beneficiosos sobre la competencia, calidad, previsibilidad y legitimidad.<sup>116</sup>

#### 1.4.3 Desventajas o inconvenientes de la mediación

Desde su surgimiento como técnica especializada de solución de conflictos, la mediación ha sido objeto de diversos análisis críticos que en general abordan: su adecuación y efectividad; la protección de los derechos de las partes en un procedimiento de mediación; y la actuación de los mediadores.<sup>117</sup>

La primera objeción que surgió en relación con la mediación, así como en relación con los otros mecanismos complementarios de solución de conflictos, probablemente por la novedad y por el desconocimiento del tema, fue el temor de que este instrumento acabase por privatizar la justicia, produciendo una progresiva desjudicialización del derecho. Algunos estudios contribuyeron a la diseminación de este temor, anunciando de forma apocalíptica la situación del sistema judicial y presentando los MASC como la solución para este problema. Raúl Calvo ofrece una pertinente observación sobre este tema: “Los defensores de los ADR oponen a las desventajas del proceso judicial tal y como es en la realidad las ventajas de los métodos alternativos tal y como deberían ser. Los detractores de los ADR a su vez

---

<sup>116</sup> PASTOR, Santos. Eficiencia y medios alternativos. En: HEREDIA, Iván. *Medios alternativos de solución de controversia - Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 11 (2007), p. 65.

<sup>117</sup> Sobre las razones que afectan al ejercicio de los derechos, Milagros Otero incluye las opiniones que entienden: 1) Que la mediación protege peor los derechos de los más débiles y concretamente los de las mujeres; 2) Que la mediación permite un acceso más reducido a la justicia que los procesos ordinarios; 3) Que la mediación permite la negociación de derechos que no deben ser negociados por ser indisponibles; y 4) Que la mediación conlleva la “desjudicialización” del derecho. Sobre las razones referentes a la efectividad de la mediación, la autora destaca dos posibilidades. A saber: 1) Que la mediación no crea costumbre ni jurisprudencia; y 2) Que esta vía no puede ser utilizada en todos los casos. La autora incluye todavía un tercer grupo de razones aleatorias que le parecen relevantes: 1) Que la mediación puede llegar a confundir con la terapia, especialmente en los conflictos familiares; 2) Que es conflictivo y en todo caso incierto asegurar la neutralidad del mediador; 3) La dificultad de especificar el campo de aplicación de la mediación, admitida la objeción de que no es una vía aconsejable para todos los casos. Disponible en: OTERO, Milagros. *Op. Cit.*, 2007, p.149-153.

confrontan la realidad de lo que los métodos son con un modelo ideal de proceso judicial.”<sup>118</sup>

Esta sospecha está siendo notablemente sustituida por entusiasmo. Los estudios sobre la mediación han evolucionado, del mismo modo que las experiencias bien sucedidas en este sentido. Actualmente, no se presenta la mediación sólo como una técnica más barata y rápida de solución de conflictos, sino como un instrumento eficaz que posibilita el arreglo por las propias partes por medio de la conversación. La mayoría de los profesionales y estudiosos también dejaron de confrontar la mediación con el Poder Judicial y pasaron a defender la cooperación entre ellos.

De hecho, cada vez más queda claro que la intención de la mediación y de los otros medios complementarios de solución de conflictos no es competir o sustituir el Poder Judicial. En verdad, tales mecanismos fortalecen y cooperan con el aludido Poder. Milagros Otero afirma:

La mediación no supone un ataque a la vía judicial como vía por excelencia para la resolución de conflictos judiciales. En realidad es al revés. El hecho de presentarse como vía alternativa a ésta, lleva aparejado el efecto añadido de protegerla porque la reserva únicamente para las situaciones en las que sea verdaderamente necesaria, limitando su uso indiscriminado, que es el que ahora se está produciendo, y cuya consecuencia es la ineficacia de su utilización.<sup>119</sup>

Relacionados con esta crítica, surgieron argumentos contrarios a la mediación que afirman que tal procedimiento permite un acceso más reducido a la justicia si es comparada con los procesos ordinarios. Las personas se alejan del sistema judicial con la utilización de la mediación. Como ya he resaltado, entiendo que debemos comprender la justicia en su sentido amplio, y no solamente como la posibilidad de pleitear junto a los órganos jurisdiccionales. Si asimilamos este sentido de justicia, vislumbramos la mediación como un instrumento que en realidad posibilita un mayor “acceso a

---

<sup>118</sup> CALVO, Raúl. Jueces y mediadores. Cuatro modelos de neutralidad del tercero en la resolución de conflictos. En: GARCÍA, Alfonso. *Racionalidad y Derecho*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid: 2006, p. 134.

<sup>119</sup> OTERO, Milagros. *Op. Cit.*, 2007, p.151.

la justicia”, que se consuma en la voluntad de las partes. En ese sentido, Gloria M. Moran añade que

Sus detractores, en cambio, objetan que la ADR ofrece una aplicación de justicia de “segunda clase”, para quienes carecen de los medios económicos para poder acudir a modelo de justicia tradicional, que resulta extraordinariamente costoso. Al optar por un acuerdo mediado las partes no pueden aspirar a ganar plenamente su caso, ya que renuncia a la victoria judicial al aceptar una negociación consensuada.<sup>120</sup>

La propia autora contesta este argumento y explica que:

A mi juicio ambos argumentos no poseen intrínsecamente fuerza de convicción suficiente ya que se plantean desde la dinámica de ganador-perdedor, victoria-derrota, una dicotomía a menudo demasiado simplista en la vida práctica del derecho. Y con frecuencia este tipo de argumentos se arraigan más en egos inseguros que necesitan de tales victorias para poder sentirse en posesión absoluta de la razón y por ello de una presunta superioridad moral. Con frecuencia es más una cuestión de poder que de justicia.<sup>121</sup>

Es importante subrayar que la mediación no debe ser utilizada exclusivamente para solucionar los conflictos de las personas que no tienen capacidad económica. Incluso, existen mediadores que cobran un valor muy alto de acuerdo con su calificación, con la complejidad del conflicto y con la posibilidad financiera de las partes. El presente estudio analizará la aplicabilidad de la mediación comunitaria en Brasil, que es la modalidad más desarrollada en el país, es gratuita y está dirigida hacia las personas más pobres. Eso no significa decir que la mediación privada no exista en el entorno brasileño y que una es mejor que la otra.

Se critica también la mediación por su incapacidad de crear jurisprudencia. Es decir, se ataca el proceso mediatorio porque él no contribuye a la concepción universal de la experiencia jurídica.<sup>122</sup> De hecho, ella no es

---

<sup>120</sup> MORÁN; Gloria. La Mediación en EEUU. Vías alternativas de negociación y resolución de conflictos. La experiencia estadounidense. En: SOUTO, Esther. *La mediación: Un instrumento de conciliación*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 20.

<sup>121</sup> MORÁN, Gloria. *Op. Cit.* p. 21.

<sup>122</sup> Como advierte Marinés Suares, estas objeciones a la mediación fueron realizadas principalmente por investigadores de Estados Unidos, país cuya justicia funciona gran medida sobre la base de precedentes. Para ellos, la aplicación de la mediación – mecanismo que no



capaz de crear jurisprudencia porque no se puede obligar a las partes a asumir la responsabilidad por acuerdos firmados entre otros mediados. La mediación concibe cada conflicto como único, con peculiaridades propias. Admite las más diversas soluciones, desde que estén de acuerdo con la ley y con la voluntad de los mediados.

En verdad, la mediación no fue concebida para crear jurisprudencia; esta no es su finalidad. Asimismo, no son todos los instrumentos jurídicos que están destinados a generar jurisprudencia, como ejemplo de los contratos, y eso no disminuye su importancia y valor. Por eso, no veo en la incapacidad de crear jurisprudencia un argumento convincente en contra de la mediación.

Además, debe ser resaltado que ese instrumento incentiva la costumbre de la tentativa amigable de solución de conflictos, en otras palabras, incentiva la costumbre del diálogo pacífico, lo que es bastante beneficioso para la sociedad.

Se apuntan todavía como inconvenientes de la mediación razones relacionadas al ejercicio de los derechos. Hay estudiosos que afirman que la protección de los derechos de los más débiles es peor en este proceso, sobre todo de los derechos de las mujeres.<sup>123</sup> Algunas feministas sostienen que las mujeres obtienen cuotas menores de dinero cuando acuden a la mediación en procesos de separación y divorcio. Particularmente, no he encontrado ningún dato empírico que corrobore esta afirmativa. El mediador debe estar consciente de que no puede apoyar la consecución de un acuerdo nítidamente desfavorable para una o para ambas partes. Al revés, debe abortar la sesión si percibe que hay riesgo de que los derechos de los mediados resulten desprotegidos.

---

puede crear jurisprudencia – resulta en un empobrecimiento de la justicia. Disponible en: SUARES, Marínés. *Op. Cit.*, 1999, p. 54.

<sup>123</sup> En este sentido son notables los estudios de algunas feministas, como ejemplo de Jannet Rijkín, que sostiene que las mujeres logran peores acuerdos cuando utilizan la mediación en detrimento del sistema judicial.

La mediación también resultaría desfavorable para las mujeres porque en este proceso no se ventilarían los casos de violencia, ya que la conducta interaccional de las parejas se mantendrían en las sesiones, eso es, los hombres continuarían ejerciendo el control y coacción hacia sus compañeras, las cuales evitarían hablar del tema.

De entrada, se debe resaltar que es posible que en el comienzo del proceso se mantengan tales posicionamientos, sin embargo, con una buena actuación del mediador, que deberá explicar detalladamente los principios de la mediación, esta postura que apunta para un dominante y un dominado se va equilibrando en la proporción que se incentiva la colaboración.

Esa discusión trae a la luz una importante cuestión de la mediación: ¿Es posible mediar cuando las partes presentan un desequilibrio de poder significativo? Es común que las relaciones se presenten de forma asimétrica, donde hay un cierto dominio de uno en relación al otro. El mediador trabaja para equilibrar esta situación, posibilitando una negociación equitativa de la partes. Sin embargo, si percibe que un mediado esta siendo perjudicado, dominado o presionado, él debe cerrar la sesión.

Por eso, entiendo que no se puede generalizar afirmando que los más débiles son desfavorecidos en la mediación. Tampoco estoy de acuerdo con la afirmación de que no se ventilen casos de violencia. Incluso pienso que es justo lo contrario porque el mediador establece una relación de confianza con las partes, que progresivamente se sienten confortables para hablar de sus confidencias.

Otro aspecto de la crítica a la mediación, relacionado con las razones que afectan al ejercicio de los derechos, es la posibilidad de negociar con derechos indisponibles. Esta objeción debe ser tomada en consideración. Para asegurarse de que esta situación no se concretice, es imprescindible una buena capacitación del mediador, el cual debe conocer los derechos y la disponibilidad de los mismos.

Se apunta también como inconveniente de la mediación la imposibilidad de garantizar la imparcialidad de este profesional. De hecho, no hay manera de asegurar esta imparcialidad, del mismo modo que no se puede asegurar la imparcialidad de un juez o de un árbitro. Vale resaltar que en la mediación las partes tienen la ventaja de poder recusar determinado mediador, sobre todo si sospechan de su actuación.

Otro flanco débil de la mediación es, en términos jurídico, la falta de seguridad y ejecutividad del acuerdo que resuelve el conflicto, principalmente cuando no existe una legislación específica sobre el tema. Martín Diz explica que

esta consideración es muy relevante al menos en estos momentos, más aún con la carencia añadida de la falta de regulación legal que le otorgue un valor jurídico definido al acuerdo obtenido en una mediación. Su validez formal, su corrección jurídica legal en cuanto a contenido y extensión, la propia naturaleza jurídica del acuerdo y la vinculación jurídica que crea a las partes en el convenido y pactado (en cuanto a ejecutividad para su cumplimiento), e incluso la propia vinculación que puede llegar a crear en caso de que la cuestión sea sometida a un proceso jurisdiccional posterior son elementos que de forma absolutamente inaplazable demandan de una normativa legal que los acote. Esta circunstancia que pende de forma negativa se transformaría, sin duda, en una virtud conveniente para la propia mediación de llevarse a efecto la promulgación de la correspondiente legislación en materia de mediación que responda certeramente a todas estas trascendentales carencias.<sup>124</sup>

Por fin, hay autores que apuntan como inconveniente de la mediación la imposibilidad de aplicarla a todos los conflictos. Desde de mi punto de vista, ese no es un elemento en contra de la mediación, en verdad, favorece su utilización eficaz para determinados tipos de disputas. Cada vez más surgen nuevas propuestas para su utilización, pero su campo de actuación no está claramente definido.

Cumple añadir que la mediación está dando sus primeros pasos y que todavía hay mucho que ser estudiado y evaluado sobre sus beneficios y desventajas a partir de las experiencias empíricas.

---

<sup>124</sup> MARTÍN DIZ, Fernando. La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia. En: MARTÍN DIZ, Fernando (Coord.). *La mediación en materia de familia y derecho penal: Estudios y análisis*. Santiago de Compostela: Andavira, 2011, p. 43.

## 1.4 Ámbitos de aplicación de la mediación

El modo de nombrar y clasificar los ámbitos de intervención de la mediación es muy variable en la doctrina, así como en la práctica, ya que su campo de aplicación no está taxativamente definido y se extiende de modo progresivo hacia otros tipos de conflictos.<sup>125</sup> En este trabajo, abordaré de forma objetiva los principales ámbitos de la mediación que existen en la actualidad: mediación familiar, mediación penal, mediación laboral, mediación escolar, y mediación comunitaria (mediación vecinal; mediación intercultural). Se podría destacar todavía la utilización en los conflictos comerciales, organizacional, internacionales, de consumo, sanitarios, ambientales, entre otros.

Como ya he resaltado, la mediación es indicada para la solución de conflictos provenientes de relaciones continuadas, las cuales precisan ser preservadas. En general, tales conflictos envuelven fuertes emociones, que son ponderadas adecuadamente en la mediación.

Los principios básicos de tal procedimiento son válidos universalmente, independientemente de la naturaleza del conflicto. Por otro lado, la aplicación de este modelo de intervención se acomoda a las características de cada ámbito, atendiendo a las exigencias de las distintas controversias.

---

<sup>125</sup> De hecho, el campo de aplicación de la mediación se está alargando progresivamente. Un buen ejemplo fue la reciente aprobación de la Directiva 2008/52 del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, por la cual se incentiva la mediación internacional en los conflictos transfronterizos. Las disposiciones de esta directiva solo se refieren a los procedimientos de mediación en litigios transfronterizos, pero nada debe impedir que los Estados miembros apliquen dichas disposiciones también a procedimientos de mediación de carácter nacional. De acuerdo con el art.1, 2. "La presente Directiva se aplicará, en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, con la salvedad de aquellos derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación pertinente. No se aplicará, en particular, a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*)."

**Mediación Familiar-** Antes de abordar la mediación en los conflictos familiares, es importante esclarecer que la institución familiar viene enfrentando en las últimas décadas un proceso intenso de cambios en su estructura, influenciado por factores económicos, sociales, culturales, políticos, religiosos, etc.<sup>126</sup> Tal proceso implica la convivencia de la tradicional familia patriarcal con nuevos modelos.<sup>127</sup> La comprensión de la familia contemporánea exige el entendimiento de la pluralidad y de la heterogeneidad, rompiendo con la concepción de una única forma “cierta” de estructurar la vida familiar.

Se puede decir que la familia de hoy es innovadora, democrática e igualitaria, pues no existen papeles preestablecidos para sus miembros y no hay más aquella fuerte jerarquía que determinaba una total obediencia de la mujer y de los hijos al hombre.

Con estos cambios, la familia pasó a enfrentar un periodo de inestabilidad, puesto que estos fenómenos todavía no fueron asimilados por la sociedad de un modo general. En virtud de la ausencia de papeles definidos en el seno familiar, los miembros necesitan negociar en todo instante sus propósitos, respetando sus diferencias. No obstante, se percibe que el diálogo cooperativo todavía no es una realidad en nuestra sociedad.

La mediación se presenta como un mecanismo eficaz para el arreglo de conflictos de esa naturaleza, proporcionando a los familiares una oportunidad de repensar sus problemas y contemplar, por medio del diálogo cooperativo y solidario, una forma de mantener sus relaciones. Con la mediación es más fácil observar esta continuidad porque son las partes las que construyen la solución en la que no habrá ni perdedores ni culpados.

---

<sup>126</sup> Sobre los cambios en el entorno familiar ver: VASCONCELOS, Mônica; SALES, Lília. *Op. Cit.*, 2006, p. 21-50.

<sup>127</sup> Se destacan como nuevos modelos de familia: Parejas de hecho (constituidas sin la formalidad del matrimonio); familia monoparental (constituida por uno de los padres y sus descendientes. El aumento progresivo del número de separaciones y divorcios incrementa ese modelo de familia, así como la utilización de técnicas de reproducción asistida); familia reconstituida (cuando una persona establece una nueva relación conyugal después de una separación o divorcio); familia concubina (aquella formada al margen de un matrimonio); familia homosexual.

Cumple añadir que los conflictos familiares se caracterizan por la intensidad y complejidad, aspectos que dificultan su solución pacífica. En ellos, suele existir una carga emocional que muchas veces oscurece las reales causas que originaron las controversias e imposibilitan la comunicación. Los familiares que llegan a la mediación, de un modo general, carecen de autoestima y están obcecados por sentimientos de frustración, venganza, odio, desesperación, etc. En este contexto la mediación es muy beneficiosa porque sus principios y técnicas están orientados hacia un abordaje apropiado de las emociones de las partes, por medio de un proceso de revalorización personal y reconocimiento de sí mismo y del otro.

La mediación familiar puede ser aplicada en los más diversos conflictos, sea con la pareja, los hijos, los padres, o cualquier otro miembro del entorno familiar. Según la Recomendación (98) 1 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la mediación familiar, adoptada el 21 de enero de 1999: la mediación familiar se aplica “a todos aquellos conflictos que puedan surgir entre los miembros de una misma familia, que estén ligados por lazos de sangre o matrimonio, y entre personas que tienen o han tenido relaciones familiares, semejantes a las determinadas por la legislación nacional.”

No obstante, su mayor eficacia se verifica en las situaciones de separación y divorcio. Es importante aclarar que el propósito de la mediación no es reconciliar la pareja, lo que muchas veces puede ocurrir. La mediación en estos casos sirve para que el proceso se desarrolle de forma menos conflictiva, teniendo en cuenta que es una de las experiencias más difíciles que una persona puede enfrentar, máxime cuando hay hijos. El procedimiento posibilita una separación menos traumática y favorece el mantenimiento de la responsabilidad como padres, protegiendo los intereses del niño. Ayuda en las decisiones sobre la guarda de los niños, el régimen de visitas, el valor de los alimentos, etc. Lisa Parkinson esclarece que:

La turbulencia es causada por fuerzas de estabilidad que interactúan con otras de inestabilidad. En la turbulencia que se produce cuando se rompe una relación de pareja, a menudo se produce una pugna de fuerzas que, experimentada como una creciente inestabilidad, aplasta los esfuerzos para mantener un poco de equilibrio. Es este forcejeo,

la energía puede servir para generar aún más turbulencias o para controlarlas. Los mediadores pretenden ayudar a las parejas a usar constructiva, y no destructivamente, su energía, en el manejo de la dinámica de cambio. Cuando se calma la turbulencia, se recupera la estabilidad. (...) La elección del tiempo más propicio para la intervención es crucial: la fase en la que entran los mediadores afecta al nivel y al manejo de la turbulencia. Las intervenciones tempranas son normalmente más influyentes que las tardías, cuando ya se han instaurado modelos o estructuras disfuncionales resistentes al cambio.<sup>128</sup>

Cada vez más el Derecho de Familia incorpora la posibilidad de mediación para los conflictos familiares como una oportunidad amigable de solución.<sup>129</sup> Actualmente, diversas Comunidades Autónomas de España ya tienen regulado su uso en este ámbito.<sup>130</sup> En este país, la mediación en los conflictos de familia se efectúa en dos grados distintos: judicialmente y extrajudicialmente.<sup>131</sup>

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, dispone sobre la posibilidad de las partes pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio.

A partir de 2006 surgieron experiencias de implantación de la mediación intrajudicial en España, que de acuerdo con los datos empíricos, han puesto de relieve la eficacia de esta metodología para un considerable

---

<sup>128</sup> PARKINSON, Lisa. *Mediación Familiar- Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 18-19.

<sup>129</sup> Leticia García Villalunga desarrolló un importante trabajo sobre la mediación familiar a partir de un análisis conjunto con los preceptos del derecho de familia.

GARCÍA, Leticia. *Mediación en conflictos familiares una construcción desde el derecho de familia*. Madrid: Reus, 2006.

<sup>130</sup> En España están siendo aprobadas distintas leyes que abordan la mediación familiar: Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña; Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de Galicia; Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en Valencia; Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias; Ley 4/2005, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha; Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León; Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de las Islas Baleares; Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid; Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar para la Comunidad Autónoma del País Vasco.

<sup>131</sup> Sobre el tema, ver: LUQUIN, Raquel. *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*. Madrid: Thomson-Civitas, 2007.

porcentaje de procesos judiciales.<sup>132</sup> La mediación intrajudicial presenta la ventaja de la gratuidad para los usuarios, pero está condicionada a las desventajas derivadas de la institucionalización del procedimiento, que pueden afectar el trabajo independiente del mediador.

La mediación extrajudicial, por su parte, está siendo cada vez más utilizada, tanto de forma completamente privada como subvencionada por un ente público.<sup>133</sup> Proporciona la ventaja de posibilitar que el mediador ejerza su función con más libertad, desvinculado de las formalidades del Poder Judicial. Por otro lado, representa un coste mayor para los mediados, principalmente en las iniciativas completamente privadas.

En Brasil, la mediación familiar también está siendo llevada a cabo en los ámbitos: extrajudicial y judicial. En el entorno extrajudicial todavía existe un cierto grado de dificultad para homologar los acuerdos logrados, lo que actualmente depende del convencimiento del juez. Es más fácil lograr tal homologación cuando la mediación fue realizada a través de alguna institución o de un proyecto ya reconocido. En el ámbito judicial, no existe uniformidad en relación con las prácticas de mediaciones desarrolladas en los órganos judiciales de los diferentes estados brasileños. Lo cierto es que tampoco existe una capacitación adecuada de estos mediadores, que en verdad, realizan procedimientos similares a la conciliación.<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> Sobre las experiencias de España con la utilización de la mediación judicial, ver la obra: SAÉZ, Ramón; ORTUÑO, Pascual (Dir.). *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007. Esta obra aborda tanto las experiencias de la mediación en el ámbito penal, como en el ámbito civil. Es interesante porque analiza las experiencias prácticas con la mediación, apuntando sus ventajas y las dificultades de implementación.

<sup>133</sup> De estas experiencias, se destaca el programa de mediación familiar (ruptura de pareja), desarrollado por primera vez en España, que se llevó a cabo en el Centro de Psicología APSIDE en 1991, coordinado por la doctora Trinidad Bernal. Hasta hoy, los resultados de este proyecto son expresivos a favor de la mediación. Para mayores informaciones ver: <http://centroapside.com>. Acceso en 17/11/2009.

<sup>134</sup> Sobre la mediación familiar en Brasil: VASCONCELOS, Mônica; SALES, Lília. *Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflito nas famílias contemporâneas*. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2006.



**Mediación penal-** La mediación penal está íntimamente ligada a la idea de justicia restaurativa que se presenta como una manera innovadora de afrontar las cuestiones relacionadas con delitos y alcanza a todos los implicados, sobre todo a la víctima y al infractor. José Alberto Revilla afirma que: “No se trata de un método específico, sino que responde más bien a una visión nueva de la justicia penal, donde la participación y necesidades de la víctima se sitúan en un primer plano, incidiéndose sobre el sentido de la responsabilidad del delincuente con el fin de su reinserción social.” <sup>135</sup>

La mediación penal viene posibilitando que víctimas y agresores participen activamente en la solución de sus conflictos por medio del diálogo, lo que es muy beneficioso para ambas partes. Los primeros pasan a ser vistos como protagonistas, cuyas necesidades y dolores son escuchados. Son más fácilmente reparados de los daños y perjuicios sufridos y se les favorece la recuperación de la tranquilidad personal. José Cid Moliné afirma:

Desde el punto de vista de la restauración de la víctima, la conferencia debe servir para que ésta pueda sentirse reparada por el delito realizado, algo que podrá conseguirse a través de la conducta del/a delincuente de asumir la responsabilidad por el hecho, de expresar arrepentimiento, de plantear sus disculpas y de ofrecer ayuda a la víctima y a la comunidad para reparar la ofensa realizada.<sup>136</sup>

Los agresores, por su parte, son favorecidos por un proceso de responsabilización y concienciación de las consecuencias de sus propias acciones. Ellos tienen la oportunidad moral de se arrepentir de su infracción y de disculparse con su víctima. Ulf Christian explica:

En el espacio de la mediación el victimario tiene la oportunidad para enmendarse y rectificar el mal causado, haciéndolo frente al sujeto que lo padeció. Es un espacio propicio para restaurar su imagen como persona, evitando el etiquetamiento que el imaginario social realiza del pasaje por un proceso penal.<sup>137</sup>

---

<sup>135</sup> REVILLA, José Alberto. La mediación penal. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 303.

<sup>136</sup> CID, José. Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal. En: HEREDIA, Iván. *Medios alternativos de solución de controversia- Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 11 (2007), p. 162.

<sup>137</sup> CHRISTIAN, Ulf. *Mediación penal- de la práctica a la teoría*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2005, p. 39.

De este modo, la mediación se presenta como un instrumento innovador en el sistema penal que ofrece diversas ventajas para los protagonistas del conflicto y también para la sociedad. Sobre los beneficios de la mediación penal, José Alberto Revilla opina:

- a) Proporciona a las partes la posibilidad de diálogo sobre el hecho delictivo y sus consecuencias; ayudando a la víctima a expresar el dolor sufrido, y a superar sus sentimientos de desconfianza, de miedo, de rencor, o de venganza.
- b) Posibilita la supremacía de la víctima, a través de la restauración de su daño, permitiéndole encontrar la reparación más satisfactoria para ella: económica, física o psicológica.
- c) Desde el punto de vista del delincuente, estimula un desarrollo responsabilizador pues enfrentado a su víctima y al problema causado, está en mejores condiciones de comprender el desvalor de su conducta, reconocer su responsabilidad, mostrar su disposición a reparar el daño provocado a la víctima; y puede servirle para una vuelta al ámbito de la legalidad, contribuyendo a su reinserción social.
- d) Permite tener en cuenta no sólo el hecho delictivo cometido, sino una mirada al pasado del delincuente, a su desarrollo futuro, y a su disposición al resarcimiento de los daños causados, evitando en determinados casos la pena.
- e) Dota el sistema de justicia de un instrumento flexible, y permite agilizar la respuesta social al fenómeno delictivo y el ahorro de costes judiciales.
- f) Proporciona, en algunos casos, la posibilidad de detectar problemas familiares subyacentes a los delitos, con la posibilidad de que se aborden aspectos relacionados con el comportamiento antisocial.
- g) Fomenta la cultura del diálogo, para la resolución de conflictos.
- h) Excluye la penalización de conflictos de orden familiar o vecinal, que las partes quieren solucionar, sin evitar la judicialización de los mismos.
- i) Puede actuar preventivamente, disponiendo cierta actitud que reduzca la posibilidad de repetición de otros conflictos similares en un futuro, disminuyendo la reincidencia.<sup>138</sup>

Cumple añadir que la mediación favorece la democratización del sistema penal tradicional porque permite la participación de distintos actores sociales en la solución. Con eso, la realización de la justicia se torna más participativa, con la colaboración de la sociedad civil en la restauración de la paz social.

En contrapartida, se apuntan como inconvenientes de la mediación penal, además de los ya mencionados inconvenientes de la mediación de

---

<sup>138</sup> REVILLA, José Alberto. *Op. Cit.*, p. 304

conflictos de un modo general, las críticas de que el estado debe tener el monopolio de la justicia penal y del proceso, pues el interés colectivo de punir al culpable no puede ser sustituido por la satisfacción de las partes en conflicto. Asimismo, se afirma que la mediación penal protege a la víctima actual y no a las posibles víctimas futuras. Se critica también la justicia restaurativa por medio de la mediación porque esta permite al infractor una pena más blanda, que muchas veces no corresponde a la necesidad de represión y prevención de conflictos, por eso la mediación no debería ser aplicada en los casos de crímenes más graves. La mediación todavía puede ser perjudicial porque interrumpe el curso regular de las diligencias penales e introduce la incertidumbre sobre el cumplimiento de lo que fue acordado.<sup>139</sup>

Desde mi punto de vista, la mediación debe ser incentivada en el ámbito penal, atendiendo a las exigencias legales, para que no sea satisfecho sólo el aspecto jurídico del conflicto, sino también los protagonistas del delito: infractor y víctima puedan satisfacer sus intereses y participar activamente de la solución. Su utilización complementa y humaniza la justicia penal. Es importante esclarecer todavía que la mediación también funciona como instrumento de prevención de conflictos porque es un mecanismo de pacificación social.<sup>140</sup>

De hecho, no se pueden garantizar resultados positivos en la mediación, ni tampoco el cumplimiento de lo que fue acordado, pero como ya he resaltado, la participación en este procedimiento suele ser provechoso, incluso cuando no se llega en un denominador común.

Un inconveniente que merece especial atención está relacionado con la aplicación de la mediación en los casos en que no hay una víctima determinada o cuando esta es un ente público. José Luis Manzanares que defiende una aplicación cautelosa de la mediación en el ámbito penal,

---

<sup>139</sup> Luis Gordillo traza un perfil de las principales críticas al movimiento de justicia restaurativa relacionadas con la mediación. Él autor divide su exposición en argumentos teóricos y prácticos. Para mayores detalles, ver: GORDILLO, Luis F. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: Iustel, 2007, p. 152-180.

<sup>140</sup> En este sentido: BRAITHWAITE, J. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. New York: Oxford University Press, 2002, p. 117.

esclarece: "Pretender una mediación entre el delincuente y, por ejemplo, el Ministerio de Sanidad en un delito de tráfico de drogas, parece desvirtuar la institución e ir demasiado lejos."<sup>141</sup>

La mediación penal ha sido impulsada en la comunidad internacional por el Consejo de Europa, Unión Europea y Organización de las Naciones Unidas. Estos órganos aprobaron diversos textos que de un modo general incentivan el uso de la mediación en los casos que se presten a esta medida.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> MANZANARES, José Luis. *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*. Granada: Comares, 2007, p.55.

<sup>142</sup> De los textos que incentivan el uso de la mediación penal, se destacan:

(1) La Recomendación n° R(85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del procedimiento penal, de 28 de junio de 1985, recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros examinar las posibles ventajas de los procedimientos de conciliación y mediación.

(2) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, de 29 de noviembre de 1985, insta la utilización, cuando proceda, de mecanismos oficiosos para la solución de los litigios, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

(3) La Recomendación n° R(87) 21 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la asistencia a las víctimas y la prevención de la victimización, de 17 de septiembre de 1987, recomienda a los Gobiernos de los Estados miembros favorecer los experimentos, en el ámbito nacional o en el local, de mediación entre el infractor y la víctima y evaluar los resultados, observando en particular hasta qué punto sirven a los intereses de la víctima.

(4) Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, de 1990, destacan la importancia de fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal y la necesidad de fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia las víctimas y hacia el conjunto de la sociedad.

(5) La Recomendación n° R(92) 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre las reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad considera que las sanciones y medidas que se cumplen en la comunidad son modos importantes para combatir el delito y evitar los efectos negativos de la prisión.

(6) El Plan de Acción de Viena, en su punto 19, dispone que "las normas de procedimiento deberían responder, en general, a las mismas garantías y garantizar así que la gente no reciba un trato distinto en función de la jurisdicción que trate el caso"

(7) La Resolución 1999/26 de 28 de julio de 1999 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre el desarrollo y la aplicación de medidas de mediación y de justicia reparadora en el Derecho penal insta a los Estados, las organizaciones internacionales y demás entidades a intercambiar información y experiencia sobre la mediación y la justicia reparadora.

(8) La Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre las víctimas de delitos en la Unión Europea: Normas y medidas, de 14 de julio de 1999, afirma que la mediación entre el delincuente y la víctima podría ser una alternativa a un procedimiento criminal largo y desalentador, en interés de las víctimas, y posibilita la indemnización del daño o la recuperación de los bienes robados al margen de un procedimiento penal normal.

(9) La Recomendación n° R (99) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la mediación en materia penal establece unos principios que deben tener en cuenta los Estados miembros al desarrollar la mediación en materia penal.

(10) El Consejo Europeo de Tampere, de los días 15 y 16 de octubre de 1999, declaró, en el punto n° 30 de sus conclusiones, que los Estados miembros deberían instaurar procedimientos extrajudiciales alternativos.

En España, el marco legal de la mediación penal de menores es la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que introduce la conciliación y la reparación del daño como formas de solución del conflicto de naturaleza penal. Esta ley tiene un carácter educativo y prima por la concienciación y responsabilización del menor.

Participando de un proceso de mediación, un menor delincuente tiene mejores condiciones de evaluar su conducta delictiva, evitando cometerla una vez más en el futuro, así como de explicarse o disculparse por lo ocurrido. Eso porque él escucha a su víctima en un ambiente favorable a la reconciliación.

Según el art. 19.2 de la mencionada ley, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil, eso porque la reparación penal no se puede confundir con la indemnización civil a las víctimas. Se establece un equipo técnico para acompañar esta mediación, la cual debe informar, una vez finalizada la mediación, al Ministerio Fiscal de los compromisos asumidos.

---

(11) La Resolución 2000/14, de 27 de julio de 2000, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia retributiva en materia penal insta a los Estados miembros a intercambiar información sobre la mediación y la justicia reparadora.

(12) La Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2000, sobre la Comunicación de la Comisión sobre las Víctimas de delitos en la Unión Europea (1) declara la importancia del desarrollo de los derechos de las víctimas del delito.

(13) La Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (2) dispone, en su artículo 10, que los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida y velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculcado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales. El artículo 17 de esta misma Decisión dispone que los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en su artículo 10, antes del 22 de marzo de 2006.

Información disponible en la iniciativa del Reino de Bélgica con vista a la adopción de la decisión del Consejo de Europa por la que se crea una red europea de puntos de contacto nacionales para la justicia reparadora. En: <http://eur-lex.europa.eu>

La mediación penal para los adultos carece de referencia legislativa específica en España.<sup>143</sup> No obstante esta laguna, diversos proyectos están siendo llevados a cabo en este sentido<sup>144</sup>. Sobresalen las experiencias desarrolladas en el Juzgado de lo penal n.20 de Madrid y en los Juzgados de Instrucción 32 y 47 de Madrid y en el 3 de Pamplona, que empezaron a trabajar con mediación en 2005<sup>145</sup>. Sobre estos proyectos, Ramón Sáez evalúa:

El balance de la experiencia es muy positivo. Se puede afirmar que la mediación humaniza el proceso penal, le pone un rostro amable, porque es posible escuchar a los protagonistas del conflicto- ¡qué difícil para los penalistas reconocer que hay unos protagonistas privados en el delito, cuyas expectativas y requerimientos no quedan agotados en el restablecimiento del orden y la vigencia de la norma, en la prevención y la retribución! Porque se puede atender conjuntamente a las necesidades de las víctimas y a las necesidades de los agresores, tender a un tiempo hacia la reparación del daño y la rehabilitación del infractor, porque la experiencia del diálogo sigue siendo un banco de pruebas de lo mejor que lleva el ser humano,

---

<sup>143</sup> La reparación se considera como una atenuante genérica en el art. 21. 5. del Código Penal. Es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

También se puede destacar el art. 83.1 del Código Penal que prevé la posibilidad de que el juez o Tribunal pueda condicionar la suspensión de las penas privativas de libertad no superiores a dos años por el cumplimiento de determinados deberes que se considere convenientes para la rehabilitación social del condenado, una vez atendidos los requisitos del art. 81.

El art. 88 del Código Penal prevé la posibilidad de la reparación de la víctima para evitar el ingreso en prisión del condenado, haciendo posible un cumplimiento alternativo a la pena privativa de libertad.

Por medio de una interpretación flexible de este mismo Código se puede deducir que la implicación voluntaria del agresor, que demuestre el deseo de compensar o minimizar los daños por él causados, en algunos casos, sirve para incrementar la condición de “buena conducta”, importante para el sistema progresivo de penas.

En la parte especial del Código Penal, la reparación a la víctima es considerada como atenuante específica en los siguientes delitos: Sobre ordenamiento del territorio (art.319 y sig, CP); sobre el patrimonio histórico (art.321 y sig. CP); contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 325 y sig. CP); relativos a la protección de la flora y la fauna (art. 332 y sig. CP).

<sup>144</sup> Sobre las experiencias desarrolladas en el Derecho Penal de adultos, ver: BARONA, Silvia V. *Mediación Penal- Fundamento, fines y Régimen Jurídico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 229-234.

<sup>145</sup> Otros proyectos ya habían sido desarrollados en este sentido, tales como: el Juzgado de Instrucción 2 de Valencia, en convenio con la oficina de ayuda a la víctima empezó un programa de adultos para delitos y faltas en 1993. En Cataluña, ya había programas de conciliación y reparación en el ámbito de la delincuencia juvenil desde 1990 y en 1998 inició un proyecto piloto de mediación y reparación de conflictos entre adultos. En Madrid, la Asociación Apoyo, una entidad civil que nació en los años 80 en el barrio de Moratalaz, comenzó un programa de mediación comunitaria entre víctima e infractor, cuyas sesiones ocurren dentro de la comunidad. También se destaca el Proyecto Piloto de Mediación Penal con adultos de la Comunidad Autónoma de La Rioja que surgió en el año 2000.

porque es factible inducir a quienes han hecho sufrir y a los que han sufrido el daño a que actúen en positivo y piensen en hacer el bien<sup>146</sup>

La mediación también puede ser utilizada en el ámbito penitenciario, aunque el Reglamento Penitenciario no ofrezca cobertura específica a este proceso. Representa una forma de disminuir las hostilidades de la cárcel y de humanizar las relaciones interpersonales que allí conviven.<sup>147</sup>

En Brasil, la mediación penal todavía está muy incipiente. No existe legislación específica y sus prácticas están asociadas a otras nomenclaturas tales como la transacción y conciliación. De un modo general, la mediación en ese ámbito está desarrollada en los juzgados especiales a través de procedimientos menos formales, caracterizados por la oralidad. Las mediaciones son conducidas por jueces, promotores u conciliadores contratados por los referidos juzgados.<sup>148</sup>

**Mediación Laboral-** En las ultimas décadas, se observa el estímulo a la promoción de mecanismos autónomos de solución de conflictos laborales en gran parte de los países. Su mayor éxito puede ser observado en relación con los conflictos colectivos de trabajo, en detrimento de los conflictos individuales, donde el margen de disponibilidad y libertad contractual es más reducido. Helena Soleto afirma que “se distinguen conflictos colectivos de conflictos individuales, cuya diferenciación radica en que el conflicto colectivo afecta a intereses generales del grupo de trabajadores, mientras que el conflicto individual se refiere a intereses particulares.”<sup>149</sup> También son

---

<sup>146</sup> SÁEZ, Ramón. La mediación reparadora en el Proceso Penal: reflexión a partir de una experiencia. En: SÁEZ, Ramón; ORTUÑO, Pascual (Dir.). *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, p.41.

<sup>147</sup> Sobre el tema, ver: RÍOS, Julián; PASCUAL, Esther; BIBIANO, Alfonso. La mediación penal y penitenciaria- Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano. Madrid: Colex, 2006.

<sup>148</sup> En el ámbito de los juzgados especiales son abordados conflictos de menor potencial ofensivo, como ejemplo de calumnias, injurias y difamaciones. La Ley 10259 de 12 de julio de 2001 reglamenta la posibilidad de estos institutos en la esfera federal.

<sup>149</sup> SOLETO, Helena. Mediación Laboral. Mediación Comunitaria. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 332.

individuales los conflictos plurales, que afectan a varios trabajadores de forma singular y simultánea.

En la legislación española, se distinguen los conflictos individuales de los colectivos de acuerdo con las formas de solución de disputas que las partes disponen. En lo referente a los primeros, el ordenamiento prevé el intento de conciliación como requisito previo para el proceso.<sup>150</sup> Por su parte, para los segundos, se ofrece una gama más diversificada de procedimientos autocompositivos.

Anteriormente, el órgano responsable para la tramitación de la autocomposición era el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación (IMAC), dependiente del Ministerio de Trabajo, creado por el Real Decreto-Ley 5/1979 y desarrollado por el Real Decreto 2.756/1979, de 23 de noviembre. Las funciones del IMAC las han asumido los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, cuyas estructuras y normas varían en las distintas administraciones.<sup>151</sup> Para la solución de los conflictos colectivos, el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje - SIMA es el órgano para realizar este servicio a nivel estatal.<sup>152</sup>

Los convenios colectivos establecen una comisión paritaria con competencias para interpretar dicho convenio y realizar funciones de mediación, conciliación y arbitraje. Se trata de un órgano de comisión mixta,

---

<sup>150</sup> La conciliación previa en los conflictos individuales de trabajo ya fue abordada en este trabajo, en lo referente a la conciliación en el ámbito laboral (apartado 2.2.2). Para profundizar el estudio de este tema, ver: GIL, José Luis. *Op. Cit.*, 2008.

<sup>151</sup> En algunas Comunidades Autónomas, los organismos de resolución de conflictos están ampliando sus competencias hacia los conflictos individuales.

<sup>152</sup> Las informaciones sobre el SIMA y sus estadísticas están disponibles en: <http://www.fsima.es/>

Como ejemplo de instituciones de resolución extrajudicial de conflictos de las distintas Comunidades Autónomas podemos citar: ORECLA, de Cantabria; TAL- Tribunal de Arbitraje Laboral de la Comunidad Valenciana; el SERCLA, Servicio Regional de Relaciones Laborales de Castilla y León; el Jurado Arbitral de Castilla la Mancha; el Tribunal Laboral de Canarias; el TAMIB, Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares; el Tribunal Laboral de Navarra; el Tribunal Laboral de La Rioja; el Tribunal Laboral de Cataluña; la Fundación de Relaciones Laborales de Extremadura; la Oficina Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Murcia; el Servicio Asturiano de Solución Extrajudicial de Conflictos; el PRECO del País Vasco, el AGA gallego; el Instituto Laboral de la Comunidad de Madrid, el SAMA de Aragón e el SERCLA Andaluz.

Fuente: SOLETO, Helena. Mediación Laboral. Mediación Comunitaria. *Op. Cit.*, 2007 p. 334.



compuesto por representantes de las partes.<sup>153</sup> Cada vez más se están ampliando las competencias de las comisiones paritarias, que en general ejercen las funciones de interpretación, vigilancia y composición de conflictos.<sup>154</sup> Es importante señalar que la reclamación ante la comisión paritaria sustituye la conciliación previa, como un presupuesto para la demanda judicial.

La negociación colectiva ha cumplido un importante papel en el desarrollo de los sistemas autocompositivos de resolución de conflictos. Las organizaciones sindicales y empresariales suelen firmar acuerdos para la solución de conflictos laborales, conocidos como acuerdos interprofesionales sobre materias concretas.<sup>155</sup>

---

<sup>153</sup> El art. 91 del Estatuto de los Trabajadores establece: “Con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias, el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación con carácter general de los convenios colectivos, se resolverá por la jurisdicción competente.

No obstante lo anterior, en los convenios colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 83.2 y 3 de esta Ley, se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos.”

Es importante añadir que el ASEC - Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales - habla solamente de la posibilidad de mediación y arbitraje, y no de la conciliación. Como ya fue esclarecido, la separación entre las modalidades de mediación y conciliación no está claramente definida. Algunas Comunidades Autónomas han incluido la expresión conciliación para evitar mayores confusiones.

<sup>154</sup> El art. 85.3 e) del Estatuto de los Trabajadores establece: “**3.** Sin perjuicio de la libertad de contratación a que se refiere el párrafo anterior, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente:

**e)** Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas, y determinación de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión.”

<sup>155</sup> El art. 83 del Estatuto de los Trabajadores establece:

“2. Mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores.

3. Dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado 2 de este artículo, tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos.”

A la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se le atribuyen también funciones de mediación, conciliación y arbitraje para la solución de los conflictos colectivos.<sup>156</sup>

En Brasil, para solucionar conflictos de naturaleza laboral son más utilizados como mecanismos complementarios de solución de conflictos la conciliación y el arbitraje. Como ya se ha resaltado, la conciliación integra el proceso judicial laboral como requisito obligatorio. En el ámbito extrajudicial, a su vez, prevalece el arbitraje ad hoc o institucional.

Según Raúl de Diego y Carlos Guillén “los conflictos que se tramitan habitualmente en los órganos de mediación laboral son básicamente conflictos colectivos de intereses o jurídicos que versan sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio, acuerdo, pacto colectivo o determinadas prácticas empresariales o de los trabajadores.”<sup>157</sup>

La mediación también es utilizada en algunas organizaciones laborales. “La organización actual, constituida por equipos y muy participativa, requiere un sistema de manejo del conflicto que funcione correctamente y sea parte permanente de la actividad laboral del equipo.”<sup>158</sup> La solución extrajudicial de conflictos en estas organizaciones se convierte en un método permanente para la administración de disputas cotidianas entre sus diversos miembros<sup>159</sup>.

---

<sup>156</sup> Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, establece en el artículo 3.3 la función de mediación, conciliación y arbitraje. Esclarece todavía que tales funciones serán ejercidas cuando: 3.1. La conciliación y mediación en los conflictos y huelgas cuando la misma sea aceptada por las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral. 3.2. El arbitraje, a petición de las partes, en conflictos laborales y huelgas, u otros que expresamente se soliciten. 3.3. La función de arbitraje por parte de la Inspección, sin perjuicio de las funciones técnicas de información y asesoramiento, si lo solicitan cualquiera de las partes, será incompatible con el ejercicio simultáneo de la función inspectora por la misma persona que ostenta la titularidad de dicha función sobre las empresas sometidas a su control y vigilancia.

<sup>157</sup> DIEGO, Raúl de; GUILLÉN, Carlos. *Op. Cit.*, 2006, p. 163.

<sup>158</sup> BARKER, James; DOMENICI, Kathy. Prácticas de mediación para equipos generadores de conocimiento. En: SCHNITMAN, Dora (comp.) Resolución de conflictos. *Nuevos diseños, nuevos contextos*. Barcelona: Granica, 2000, p. 267.

<sup>159</sup> Sobre la mediación organizacional, ver: <sup>159</sup> NOVEL, Gloria. *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*. Madrid: Reus, 2010.

Del mismo modo, la mediación laboral ha sido provechosa para dirimir conflictos de personal en las administraciones públicas. Durante mucho tiempo, la aplicación de este mecanismo sólo atendía al ámbito del sector privado, sin embargo, tal aplicación se está extendiendo hacia el sector público.<sup>160</sup>

En definitiva, se nota un desplazamiento progresivo en el sistema de solución de conflictos laborales de la heterocomposición a la autocomposición. Las partes están pudiendo ejercer su autonomía frente a estas controversias, sobre todo en los conflictos colectivos. En ese proceso, la mediación ha ganado un fuerte impulso en virtud de sus peculiaridades. Helena Santor Salcedo, sobre la adecuación de la mediación a la solución de los conflictos laborales, esclarece que:

Si el sistema español de relaciones laborales apuesta, como parece, por la recuperación de la autonomía de la voluntad, éste es el procedimiento de solución de conflictos en que en mayor medida puede materializarse el diálogo, pues la mediación, pese a la implicación del tercero, permite a las partes controlar el desarrollo y el resultado del conflicto.<sup>161</sup>

Es imperioso señalar que queda mucho para la mejor aplicación de la mediación en el ámbito laboral en España. Jesús Mercader advierte:

La definitiva implantación de los sistemas de solución extrajudicial en la realidad laboral de nuestro país requiere de una profunda reflexión que los contemple no con la luz brillante que les proporciona el derecho a la negociación colectiva (art.37.1CE) sino desde la más tenue, pero más realista, del derecho a la tutela judicial efectiva (art.24 CE). Sólo el establecimiento de mecanismos alternativos

---

<sup>160</sup> Sobre el tema ver: GAMERO, Eduardo; RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (Coord.). *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las administraciones públicas*. Sevilla: Mergablum, 2006.

En Brasil, el Tribunal de Justicia del Estado de Espirito Santo creó un proyecto de mediación para mediar los conflictos entre los funcionarios públicos porque la convivencia en el ámbito de trabajo estaba muy difícil. El proyecto fue implementado en julio de 2011 y, de acuerdo con la supervisora del mismo, Valéria Barcellos Paranhos Marques, los resultados han sido provechosos. Ella explica que había sectores del Tribunal en el que las relaciones interpersonales estaban tan destruidas que no funcionaban adecuadamente porque los funcionarios solicitaban transferencia o licencia médica en virtud de problemas con depresión y stress. Para informaciones más detalladas, ver: <http://www.cnj.jus.br>. Acceso en 20.12.2011.

<sup>161</sup> SANTOR, Helena. *La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*. Madrid: La Ley, 2006, p.112.

asentados en valores de obligatoriedad, eficacia y estabilidad pueden terminar por ayudar a su definitiva consolidación superando definitivamente la adolescencia en la que parecen anclado.<sup>162</sup>

**Mediación escolar-** La realidad de los centros escolares siempre ha sido permeada por situaciones de tensión, relatos de intolerancia y violencia. Conflictos variados surgen en el entorno escolar, envolviendo profesores, alumnos, padres y directores. Quizás en la actualidad se ha producido un aumento de esta conflictividad, fruto de las distintas transformaciones sociales (cambios en la institución familiar, intensificación de procesos de emigración e inmigración, entre otros) que repercuten directamente en el ámbito escolar.

La indisciplina y la violencia en la escuela han cobrado la atención de una vasta gama de profesionales, que alertan para la necesidad de que la enseñanza vaya más allá de los conocimientos científicos. Es decir, la escuela debe trabajar también en la construcción de entornos pedagógicos, favorables para la capacidad de convivir, de establecer relaciones basadas en el diálogo, sin uso de la violencia, en que estén presentes el respeto, la tolerancia y la solidaridad.

La escuela es un espacio privilegiado para el aprendizaje de una buena convivencia, pues en ella se producen continuas interacciones entre colectivos distintos. El informe de la Comisión Internacional sobre la educación para el siglo XXI de 1996 inició una campaña para promover la educación como un espacio de incentivo de la capacidad de convivir en compañía de otros. A partir de ese informe, las comunidades internacionales y nacionales pusieron en marcha una serie de actos dirigidos a establecer nuevos retos de la educación al servicio de la convivencia democrática.<sup>163</sup>

La Ley Orgánica 2/2006, de 03 de mayo, de educación, establece en varios artículos que los profesores deben instruir a los alumnos de todas las

---

<sup>162</sup> MERCADER, Jesús. Relaciones laborales y solución extrajudicial de controversias. En: HEREDIA, Iván. *Medios alternativos de solución de controversia- Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 11 (2007), p.109-110.

<sup>163</sup> Como ejemplo, el Consejo de Europa declaró el 2005 como "Año europeo de la ciudadanía a través de la educación."

etapas educativas en prevención y resolución pacífica de conflictos. Esta ley prevé una asignatura denominada “educación para la ciudadanía”, cuyo contenido incluye materias que abordan estos temas.<sup>164</sup> Ramón Alzate Sáez afirma que: “Es recomendable que las escuelas vayan incorporando progresivamente los conceptos y habilidades de resolución de conflictos en el currículo, bien como un material que se trabaje de manera independiente de las demás asignaturas (autocontenido), o bien como unidades que se incorporan en otras materias ya existentes (infusión).”<sup>165</sup>

En resumen, la mediación representa un elemento clave para consolidar la consciencia colectiva de la cultura relacional en la vida de los actores escolares, principalmente en la vida social de los futuros ciudadanos. Es decir, es una metodología eficaz para el fomento de la buena convivencia.

La mediación escolar conserva los principios generales de este instrumento, sin embargo, se distingue de los demás ámbitos de aplicación porque los mediadores aquí son los propios actores escolares, que intentan administrar adecuadamente los conflictos surgidos en las instituciones de enseñanza. Recientemente, se previó la contratación de profesores externos para actuar como mediadores, *in casu*, educadores sociales.

La participación colectiva de todos los miembros del ámbito escolar equilibra la asimetría de poder que existe en estas relaciones, la cual suele ser percibida por los estudiantes como elemento negativo. Las sanciones

---

<sup>164</sup> Esta asignatura “educación para la ciudadanía” produjo mucha polémica. Fue criticada por diversas razones: por sus contenidos; por intentar lograr lo que ya intentaba lograr la asignatura de ética; la enseñanza moral de los niños es deber de los padres; sus contenidos pueden convertirse en instrumento de dominación y adoctrinamiento por parte del gobierno; por quitar las horas de la enseñanza de religión, etc. Particularmente, veo como una buena iniciativa la enseñanza de la ciudadanía en la escuela, quizá por el deseo de ver la sociedad más consciente, democrática y participativa y por reconocer que cada vez más las instituciones de enseñanza desempeñan un fundamental papel en la formación de los individuos. Por otro lado, reconozco los riesgos provenientes de la enseñanza de materia tan compleja y por eso resalto algunas medidas que pueden optimizar su aplicación, tales como: la selección de profesorado competente y de formación continua, aprendizaje teórica y práctica, el control por parte de la sociedad y del estado.

<sup>165</sup> ALZATE, Ramón. La mediación en el ámbito escolar. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 322.

unilaterales dejaron de ser la única vía de arreglo de conflictos, que pasaron a ser manejados en conjunto. Es importante prevenir que un programa de mediación en una escuela no sustituye el reglamento disciplinario del centro:

Los programas de mediación son programas educativos que en ningún caso sustituyen al reglamento disciplinario del centro. Su interés primordial radica, precisamente, en su vertiente práctica que habilita a las personas para intervenir y actuar frente a los propios conflictos sin que sea necesario recurrir a la violencia o a la sumisión, o sin reclamar la intervención de la autoridad.<sup>166</sup>

Otra diferencia fundamental es que el objetivo primordial de los servicios de mediación escolar no es solamente el acuerdo o el restablecimiento de las relaciones entre las partes. Es decir, su utilidad no se resume a la gestión de determinado conflicto, sino que contribuye a la prevención de futuras divergencias: “pueden ser agentes dinamizadores de esta cultura de paz, de un aprendizaje que permita a todos los miembros de la comunidad escolar dar una respuesta asertiva a los conflictos, incluso fuera del centro educativo.”<sup>167</sup>

La mediación en el entorno escolar representa un método pedagógico fundamentado en la escucha, la aceptación, la comprensión y el respeto. Posibilita la educación en valores, considera las diferencias, promueve un mayor ejercicio de la solidaridad, colaborando para el surgimiento de la igualdad y de la justicia. Además, contribuye a la construcción de una democracia participativa. García y López resaltan:

No es suficiente el conocimiento instrumental de las normativas y reglas del juego, los escolares deben tener la oportunidad de encontrar espacios de ensayo donde llevar a la práctica individual la demostración de haber interiorizado los hábitos de la convivencia democrática.<sup>168</sup>

---

<sup>166</sup> BOQUÉ, M. Carme. *Guía de mediación escolar- Programa comprensivo de actividades de 6 a 16 años*. Barcelona: Octaedro, 2002, p.57.

<sup>167</sup> MUCIANO, Diego; NOTÓ, Cesc. Mediación escolar. En: *La Mediación escolar - Una estrategia para abordar en conflicto*. Barcelona: Grao, 2005, p. 27

<sup>168</sup> GARCÍA, L.; LÓPEZ, R. Mediación y sistema escolar. La convivencia como horizonte. En: En: LOPEZ, R. *Las múltiples cara de la mediación. Y llegó para quedarse*. Valencia: Universitat de València: 2007, p.75.

Asume especial aplicabilidad en los contextos multiculturales, donde las diferencias son determinantes para la existencia de conflictos, muchas veces ocasionados por el sentimiento de exclusión. La educación intercultural engloba la variedad de razas y propicia un enriquecimiento de los ciudadanos a partir del respeto a la diversidad. Incluye la mediación como una meta para alcanzar el intercambio entre las culturas por medio del diálogo transformativo.

La estructura de la mediación escolar varía de una institución a otra. Puede ser aplicada en distintos niveles de educación: en la primaria, en la secundaria y en las universidades. Folberg y Taylor incentivan el uso de la mediación en todos los grados escolares: “Comprendiendo desde el nivel preescolar hasta el universitario, la tendencia será a elevar al máximo el discernimiento de los contendientes, al permitirles que mediten en soluciones creativas, en lugar de imponer respuestas tradicionales a problemas modernos.”<sup>169</sup>

En general, se establece un órgano de mediadores, a partir de un curso de formación específica en mediación, del cual pueden y deben participar todos los involucrados del entorno escolar: alumnos, profesores, miembros de la administración y padres. Las mediaciones, realizadas por un único mediador o en panel, implican la co-participación de los distintos integrantes, como ejemplo: en un conflicto entre un alumno y un profesor, pueden actuar como mediadores un alumno y un padre.

Diversas experiencias están siendo llevadas a cabo en España con el uso de la mediación escolar en la actualidad. Uno de los proyectos pioneros que merece destacarse surgió en 1993 en el País Vasco, desde el Centro de Investigación para la paz Gernika Gogoratuz, que promovió varias actividades escolares relacionadas con la educación para la paz.<sup>170</sup>

---

<sup>169</sup> FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison. *Op. Cit.*, 2007, p. 203.

<sup>170</sup> Sobre las experiencias en España con la utilización de la Mediación Escolar ver: GARCÍA, L.; LÓPEZ, R. *Op. Cit.*, p. 90-108. La autora muestra una gran diversidad de iniciativas con la utilización de la mediación en el ámbito escolar en España, de las cuales se destacan:  
**A nivel europeo:** Proyecto “GESPOSIT” integrado en el Proyecto de mediación “CONNECT”; Proyecto MEDES, integrado dentro del Programa Europeo “DAPHE”.

En Brasil, merece destaque el Proyecto “Escuela de Mediadores” creado en 2000 a través de un convenio firmado entre la ONG Viva Rio y la Secretaria Municipal de Educación para implementar la mediación en dos escuelas públicas de Rio de Janeiro.<sup>171</sup> La mediación escolar todavía no es suficientemente desarrollada en el país, pero ha sido creciente su implementación sobre todo en escuelas públicas.

- **Mediación Comunitaria.** La mediación comunitaria tiene como finalidad desarrollar en la población un conjunto de valores, conocimientos, actitudes y comportamientos relacionados con el fortalecimiento de una cultura político-democrática y una cultura de paz. Enfatiza la convivencia pacífica y contribuye a un mejor ejercicio del respeto y de la tolerancia. “Su acción tiene como objetivo allanar las barreras de orden físico, lingüístico, cultural, instrumental o incluso económico a los ciudadanos y ciudadanas de una comunidad.”<sup>172</sup>

Presenta características específicas: es realizada de forma gratuita, extrajudicialmente, y los mediadores en general son personas capacitadas de la propia comunidad. Alcanza conflictos que no tienen esencialmente un carácter jurídico, sino que son frutos de divergencias sociales, culturales, políticas y económicas. Facilita a los excluidos un mayor acceso a los recursos sociales, educativos, sanitarios, laborales, jurídicos, y, principalmente, les proporciona un mayor “acceso a la justicia”, en sentido amplio de justicia.

---

**A nivel Estatal:** Plan para la promoción y mejora de la convivencia escolar del Ministerio de Educación y Ciencia.

**A nivel de las Comunidades Autónomas y provinciales:** Programa “Convivència i Mediació Escolar” de Cataluña; Plan Andaluz de Educación para la cultura de Paz y No-Violencia; los programas de mediación escolar de Madrid (En 1998 comienza el “programa piloto” para diez Institutos de Enseñanza Secundaria de la Comunidad de Madrid); Las experiencias de los centros educativos de Castilla y León (Instituto de Enseñanza Secundaria de La Robla Ramiro II); Experiencias en IES de Castilla La Mancha (Al Basit, Comendador Juan de Távara, Arcipreste de Hita); Experiencias en IES de las Islas Canarias; Experiencias de Asturias (Valle del Aller); Plan Global para mejorar la convivencia en los centros educativos de la Com. Foral de Navarra; “Solucionando Xuntos” de Galicia; Centro Universitario de Transformación de Conflictos del País Vasco (GEUZ); El Modelo “VIC - Voluntariedad, Imparcialidad y Confidencialidad” de Canarias; CEFIRE- Centre de Formació, Innovació i Recursos Educatius de Valencia; Modelo integrado de regulación de la convivencia – Dirección Provincial de Guadalajara; Plan de convivencia y mediación escolar de Albacete.

<sup>171</sup> Sobre el proyecto Escuela de Mediadores, ver: <http://vivario.org.br/>. Acceso en 12/10/2010.

<sup>172</sup> HOYOS, Flor. Op. Cit., 2007, p.27.



Es beneficiosa para la sociedad porque crea espacios públicos de discusión, en los cuales los individuos disponen de la prerrogativa de solucionar ellos mismos sus conflictos de la vida cotidiana, fortaleciendo el sentimiento de comunidad.<sup>173</sup>

La mediación comunitaria debe ser introducida desde una doble perspectiva: tanto curativa como preventiva. Para eso, es necesario sensibilizar a la población de estos recursos, expandiendo el conocimiento sobre la mediación. Es imperioso también promover continuos cursos de capacitación para mediadores.

Dentro de la mediación comunitaria se incluye distintos ámbitos de aplicación: mediación en conflictos penales, familiares, provenientes de las relaciones de consumo, vecinales y mediación intercultural. Este trabajo enfatizará los dos últimos: mediación vecinal y mediación intercultural. El ámbito comunitario es el que presenta el mayor desarrollo en Brasil, como será observado el próximo capítulo.

**Mediación de conflictos entre vecinos.** Las relaciones de vecindad generan una gran diversidad de conflictos, frutos de la continua convivencia. De antemano, es importante esclarecer que se incluyen en estas relaciones otros tipos de convivencia:

---

<sup>173</sup> Durante tres años (2002-2005), trabajé en un proyecto pionero de mediación comunitaria en Brasil (Fortaleza-Ceará), intitulado: "Casas de Mediación Comunitaria". Es una iniciativa del gobierno del Estado, en conjunto con asociaciones de moradores, que objetiva proporcionar un mayor "acceso a la justicia" a la población más pobre. En este proyecto, los mediadores son líderes comunitarios de los correspondientes barrios, que una vez capacitados, trabajaban voluntariamente al servicio de la comunidad. La mediación es realizada de forma gratuita. Los resultados de este proyecto, que actualmente funciona en seis barrios, son expresivos. El numero de acuerdos logrados, tanto como el cumplimiento de estos acuerdos, confirman la efectividad de la mediación para la solución de conflictos que pueden prescindir de la actuación del Poder Judicial. Para mayores detalles, ver: SALES, Lilia; MIRANDA, Ana Karine; FIALHO, Elizabeth. Casa de Mediação Comunitária- Um instrumento eficaz na solução participativa e pacífica dos conflitos. Em: SALES, Lilia (Org.). *A cidadania em debate - A mediação de conflitos*. Fortaleza: Gráfica Unifor, 2005, p. 180-203.

Desde 2009 he trabajado en otro de proyecto de mediación comunitaria desarrollado por el Tribunal de Justicia de Bahia. Esta experiencia será analizada en el último capítulo de esta investigación.

Cuando hablamos de ámbito vecinal, nos estamos refiriendo a la vida en el barrio que incluye desde las relaciones entre los que habitan en un mismo edificio a las relaciones entre los que viven y/o trabajan en la misma calle y en las adyacentes. También nos estamos refiriendo a la ocupación del espacio, tanto en forma de locales comerciales, centros religiosos, educativos, sanitarios, etc. Donde la gente se encuentra, se ve, a lugares abiertos como parques, plazas, etc. Que se comparten. Este último término es muy importante: la idea del espacio compartido, que obliga a mantener relaciones con el otro, relaciones que pueden ser cordiales pero también pueden ser hostiles y conflictivas.<sup>174</sup>

En esta modalidad de mediación, los conflictos son frutos de la necesidad de compartir los mismos espacios. Pueden ser latentes, emergiendo en cualquier momento, o manifiestos, cuando ya se han evidenciado. Las causas de estas controversias son diversas, engloban disputas sobre propiedad, seguridad, sosiego, limpieza, sanidad, entre otras.

La mediación comunitaria vecinal surgió en los años setenta en Estados Unidos por medio de los *Community Boards*. En la perspectiva europea, se han desarrollado distintos proyectos con este instrumento, en los cuales, de modo general, la inmigración es un elemento preponderante.

Los conflictos vecinales se intensifican en los contextos de multiculturalidad. En las sociedades con alto índice de inmigración, como es el caso de España, la mediación surge como un mecanismo adecuado para la solución de estos conflictos porque incentiva el aprovechamiento de la riqueza que ofrece la diversidad cultural y fomenta la participación ciudadana, fortaleciendo también el sentimiento de comunidad.

**-Mediación de conflictos interculturales.** La mediación intercultural surgió a partir de la proliferación de contextos multiculturales, provenientes de la expansión de la globalización. Los fenómenos migratorios incitan a personas de distintas culturas a vivir en el mismo ambiente y por eso exigen un mecanismo de resolución de controversias diferenciado, basado en el entendimiento de las diferencias. En verdad, la mediación en estos contextos

---

<sup>174</sup> GIMÉNEZ, Carlos (Coord.). *El Servicio de Mediación Social Intercultural- SEMSI*. Madrid: Ayuntamiento de Madrid, 2002, p. 178.

está cubriendo funciones más allá de la simple resolución de conflictos, pues está favoreciendo la autonomía y la inserción social y cultural de los inmigrantes. Bermúdez, Prats y Uribe la definen como:

La mediación intercultural es un recurso al alcance de personas de culturas diversas, que actúa como puente, con el fin de promover un cambio constructivo en las relaciones entre ellas. La mediación en las relaciones entre personas culturalmente diversas actúa preferentemente para la prevención de conflictos culturales, favoreciendo el reconocimiento del otro como diferente, el acercamiento de las partes, la comunicación y la comprensión mutua, el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, la búsqueda de estrategias alternativas para la resolución de conflictos culturales y la participación comunitaria.<sup>175</sup>

Carlos Giménez, uno de los percusores de la mediación intercultural en España, por su parte, argumenta:

Entendemos la Mediación Intercultural - o mediación social en contextos pluriétnicos o multiculturales - como una modalidad de intervención de terceras partes, en y sobre situaciones sociales de multiculturalidad significativa, orientada hacia la consecución del reconocimiento del otro y el acercamiento de las partes, la comunicación y comprensión mutua, el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, la regulación de los conflictos y la adecuación institucional, entre actores sociales o institucionales etnoculturalmente diferenciados.<sup>176</sup>

La mediación intercultural engloba distintos ámbitos: familiar, socioeducativo<sup>177</sup>, laboral, sanitario, en las relaciones entre vecinos, entre consumidores, entre otros. Su característica fundamental es la existencia en estos conflictos de una diferencia cultural significativa, sea entre individuos,

---

<sup>175</sup> BERMÚDEZ, K.; PRATS, G. y URIBE, E. *La mediación intercultural: un puente para el diálogo*. Barcelona: Desenvolupament Comunitari, 2000.

<sup>176</sup> GIMÉNEZ, Carlos. La naturaleza de la mediación intercultural. En: *Revista Migraciones*, n. 2, Madrid, 1997, p. 142.

<sup>177</sup> El entorno escolar es un ambiente adecuado para la aplicación de la mediación intercultural, principalmente en los días actuales, en los que niños de diferentes culturas conviven en la misma escuela. Sobre la mediación intercultural en el contexto socioeducativo, ver:

MALIK, Beatriz; HERRAZ, Mercedes (Coord.). *Mediación intercultural en contextos sócio-educativos*. Málaga: Aljibe, 2005.

MARTÍNEZ, M. Jesús. Compromisos con la vertiente socioeducativa: potencialidades y obstáculos para la profesionalización del mediador cultural. En: LOPEZ, R. *Las múltiples cara de la mediación. Y llegó para quedarse*. Valencia: Universitat de València: 2007, p.172- 214.

\_\_\_\_\_; GARCÍA, R. La ecuación como respuesta: principios, objetivos y propuestas de futuro. En: LOPEZ, R. *Las múltiples cara de la mediación. Y llegó para quedarse*. Valencia: Universitat de València: 2007, p.215-247.

grupos o instituciones. El autor antes mencionado apunta cuatro rasgos distintivos de la mediación intercultural:<sup>178</sup>

1. La naturaleza etnoculturalmente diferenciada de las partes involucradas.
2. La incidencia de dicha diferenciación en la relación existente entre las partes.
3. La relevancia del propio bagaje cultural del mediador.
4. El objetivo de la interculturalidad.

De este modo, la mediación intercultural está íntimamente relacionada con los procesos de migración, especialmente con la inmigración. En este trabajo, no será posible profundizar el análisis de este fenómeno. Sin embargo, es importante señalar que muchos conflictos surgen a partir de la convivencia de personas o grupos que se atribuyen o se les atribuyen identidades culturales diferenciadas.

Esta modalidad de mediación actúa justamente en la diferencia cultural que está ocasionando el conflicto, con la finalidad de promover el respeto mutuo entre las partes. Aquí gana especial relevancia el complejo concepto de cultura. De un modo simplificado, se puede decir que cultura incluye el conocimiento, las costumbres, las creencias, el arte, el derecho y otros hábitos adquiridos por un individuo, a partir de la experiencia de vivir en determinada sociedad.<sup>179</sup>

La finalidad de la mediación en este contexto es la interculturalidad.<sup>180</sup> Es decir, la mediación está orientada para facilitar la

---

<sup>178</sup> GIMÉNEZ, Carlos. *Op. Cit.*, p. 150

<sup>179</sup> García Castaño y Barragán destacan cuatro dimensiones claves para la comprensión de la cultura: 1. La realidad sociocultural como marco de referencia fundamental en la noción de cultura. 2. La cultura como proceso. 3. La heterogeneidad intragrupal como característica propia de todo grupo social. 4. La necesidad de adoptar una perspectiva holista. En: GARCÍA, F. J.; BARRAGÁN, C. Sociedad multicultural e interculturalismo versus inmigración extranjera: aportaciones para el debate. En: Documentación Social, n. 121, 2000, p. 209-231.

<sup>180</sup> Cayetano Aranda define la interculturalidad como: "La interculturalidad es una tarea política por hacer, un ideal por el que luchar, un estado dinámico de diálogo e interacción creativo y productivo entre culturas que se ponen de acuerdo en un hecho básico: existe o debe existir un estado previo que haga posible la interculturalidad. Esta presupone el pluralismo cultural y la existencia de una cultura cívica, respetada por todos y de obligado cumplimiento." El autor ofrece todavía distintas concepciones de cultura, que contribuyen a un mejor entendimiento de la interculturalidad. Para profundizar el estudio sobre ese tema, ver: ARANDA, Cayetano. ¿Es posible una comprensión universalista de la cultura? Las paradojas del concepto de

comunicación y la interacción entre personas culturalmente distintas. No ignora o presupone acabar con los conflictos, sino que exige el enfrentamiento de estas situaciones de forma consensuada, procurando la inclusión y el entendimiento por medio del diálogo. El primer paso es tomar distancia de la propia cultura para poder comprender la realidad del otro. En este proceso, es de fundamental importancia la actuación del mediador, que aquí se convierte en mediador intercultural.

Ese profesional es elemento clave y necesario para llevar a cabo el desarrollo de este tipo de intervención social. El bagaje cultural del mediador es un aspecto a tener en cuenta. Lo mejor sería que el mediador conociera las culturas de las dos partes en cuestión o que no perteneciese a ninguna de ellas. Ya que el hecho de formar parte de alguna podría comprometer su imparcialidad. El mediador debe mantener sus propios juicios de valor ajenos a la conducción del proceso, independientemente de pertenecer o no a las culturas involucradas en la mediación. Octavio Vázquez advierte:

Efectivamente, el mediador intercultural es una persona que ha sido socializada en un marco determinado lo que le proporciona una visión particular sobre los hechos conflictivos con los que trabaja y procede, por tanto, que realice siempre una evaluación de su actuación en la que se determine si, en su actuación profesional, hay alguna influencia o no de su particular visión de los hechos.<sup>181</sup>

Se exige del mediador intercultural un conocimiento mínimo del marco jurídico que regula la situación de los extranjeros en el país en el que va a trabajar como mediador. Cumple señalar que las normativas sobre extranjería están en constante mutación en virtud de la complejidad de estas cuestiones. España ha sido tradicionalmente un país de emigración, por lo que la producción legislativa se ha centrado en este ámbito.<sup>182</sup>

---

interculturalidad. En: GUERRERO, J. Antonio (ed.) *Estudios sobre la mediación intercultural*. Almería: Universidad de Almería, 2006, p. 28.

<sup>181</sup> VÁZQUEZ, Octavio. El trabajo social y la mediación intercultural. En: GAMERO, Eduardo; RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (Coord.). *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las administraciones públicas*. Sevilla: Mergablum, 2006, p. 311-312.

<sup>182</sup> Las políticas de extranjería son múltiples y varían de acuerdo con la menor o mayor posibilidad de integración adecuada de los inmigrantes. La Ley de Extranjería es el nombre con el que se conoce la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por las LO 8/2000 y 14/2003. Es la norma española que regula la entrada y estancia de los extranjeros extracomunitarios en el

Varias experiencias están siendo desarrolladas con la mediación intercultural en España.<sup>183</sup> Se pone de relieve el Servicio de Mediación Social Intercultural – SEMSI que surgió en 1997 por parte del Área de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid y la Fundación General de la Universidad Autónoma de Madrid. El servicio funciona en 21 distritos de la capital y está compuesto por un equipo de mediadores multicultural.<sup>184</sup>

La mediación intercultural es un fenómeno reciente en España por lo que queda mucho a ser estudiado y evaluado para su mejor aplicación. A pesar de la novedad del tema, los proyectos han presentado resultados significativos. Giménez apunta algunos argumentos a favor de la mediación cultural:

Desde esa perspectiva, la necesidad, conveniencia y oportunidad de la mediación intercultural viene dada por diferentes razones o motivos. Primero, para promocionar el reconocimiento del otro como interlocutor (Taylor). Segundo, para favorecer la mejor comprensión del Otro, la comunicación efectiva con el Otro. Tercero, para superar barreras que impiden la relación: superación de prejuicios y estereotipos, superación de miedos y celos. Cuarto, para promocionar el aprendizaje de la convivencia. Quinto, para hacer efectivo el potencial de enriquecimiento mutuo que subyace en las situaciones no jerárquicas de pluriculturalidad. Sexto, para evitar, prevenir o regular situaciones de conflicto. Séptimo, para adaptar la organización y el funcionamiento de instituciones como escuelas u hospitales a sus beneficiarios y ganar eficacia en el acceso de los usuarios a la institución y en la gestión de ésta. Octavo, para facilitar la cooperación, muchas veces necesaria, entre sujetos étnicamente diferenciados.<sup>185</sup>

---

territorio español, así como los derechos y libertades que se les reconocen. Su actual reglamento de desarrollo fue aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. Sobre el Derecho de extranjería y la mediación intercultural, ver:

MARTÍNEZ, Pedro. Ley de extranjería y su influencia en la mediación intercultural. En: GUERRERO, J. Antonio (ed.) *Estudios sobre la mediación intercultural*. Almería: Universidad de Almería, 2006, p. 235-250.

TRINIDAD, M. Luisa. Derecho de extranjería y mediación intercultural. En: GUERRERO, J. Antonio (ed.) *Estudios sobre la mediación intercultural*. Almería: Universidad de Almería, 2006, p. 251-272.

<sup>183</sup> También en 1997 se puso en marcha en Barcelona el Proyecto Alcantara, dentro del Programa Leonardo da Vinci, coordinado por A. E. P. *Desenvolupament Comunitari*, de mediación intercultural. En Castilla y León, con sede en Valladolid, hay que destacar la experiencia de la Asociación Desarrollo y Solidaridad (DESOD). También hay la experiencia de la Federación Andaluza Acoge que surgió en 1991, contando en su punto de partida con el asesoramiento del CBAI, en el marco del programa europeo Horizon (1992).

<sup>184</sup> Sobre el SEMSI ver: GIMÉNEZ, Carlos (Coord.). *El Servicio de Mediación Social Intercultural- SEMSI*. Madrid: Ayuntamiento de Madrid, 2002.

<sup>185</sup> GIMÉNEZ, Carlos. *Op. Cit.*, 1997, p. 140.

## 1.5 Procedimientos y técnicas de mediación de conflictos

De antemano, es importante esclarecer que no hay una única forma de desarrollar la mediación de conflictos. Se trata de un procedimiento flexible e informal que se adapta a las necesidades de cada caso y a los intereses de los clientes. En los últimos años, profesionales y estudiosos del tema han ofrecido sugerencias para una buena estructuración de las sesiones de mediación.

En general, el proceso de mediación se divide en etapas distintas, nombradas y enumeradas de diversas maneras. A lo largo del procedimiento, algunas de estas etapas pueden ser suprimidas del mismo modo que otras pueden ser añadidas, en consonancia con las necesidades de cada conflicto. No importa el ámbito de la mediación, el desarrollo del proceso responderá a la misma lógica.

Christopher Moore, uno de los primeros a sintetizar ideas concretas sobre la acción mediadora, desarrolló un estudio detallado del proceso de mediación, estableciendo doce etapas del movimiento del mediador y situaciones críticas que deben ser afrontadas:

Etapas 1: Contactos iniciales con las partes en disputas

- Realizar contactos iniciales con las partes
- Promover la credibilidad
- Promover el *rapport*
- Educar a las partes acerca del proceso
- Aumentar el compromiso con el procedimiento

Etapas 2: Elegir una estrategia para orientar la mediación

- Ayudar a las partes a evaluar distintos enfoques de evaluación y resolución del conflicto
- Ayudar a las partes a seleccionar un método
- Coordinar los métodos de las partes

Etapas 3: Recopilar y analizar la información de antecedentes

- Recopilar y analizar los datos pertinentes acerca de las personas, la dinámica y la sustancia de un conflicto
- Verificar la exactitud de datos
- Minimizar el efecto de los datos inexactos o que no pueden ser obtenidos

Etapas 4: Idear un plan detallado de mediación

- Identificar estrategias y movimientos consecuentes no contingentes que permitan que las partes avancen hacia el acuerdo
- Identificar los movimientos contingentes para responder a situaciones peculiares del conflicto en cuestión

**Etapas 5: Creación de confianza y cooperación**

- Preparar psicológicamente a los litigantes con el fin de que participen en negociaciones acerca de las cuestiones fundamentales
- Manejo de las emociones intensas
- Controlar las percepciones y minimizar los efectos de los estereotipos
- Crear el reconocimiento de la legitimidad de las partes y las cuestiones
- Promover la confianza
- Aclarar las comunicaciones

**Etapas 6: Comienzo de la sesión mediadora**

- Iniciar la negociación entre las partes
- Establecer un tono franco y positivo
- Afirmar reglas básicas y pautas de comportamiento
- Ayudar las partes a manifestar sus emociones
- Delimitar las áreas temáticas y las cuestiones en discusión
- Ayudar a las partes a explorar los compromisos, los aspectos destacados y la influencia

**Etapas 7: Definición de las cuestiones y elaboración de una agenda**

- Identificar las amplias áreas temáticas de interés para las partes
- Obtención de acuerdo en las cuestiones que serán examinadas
- Determinación de la secuencia para el manejo de los temas

**Etapas 8: Revelación de los intereses ocultos de las partes en disputa**

- Identificación de los intereses sustantivos, de procedimiento y psicológicos de las partes
- Educación de cada una de las partes acerca de los intereses de las restantes partes

**Etapas 9: Crear alternativas de arreglo**

- Promover entre las partes el conocimiento de la necesidad de alternativas
- Atenuar el compromiso con las posiciones o las alternativas exclusivas
- Generar oposiciones que utilicen la negociación posicional o basada en los intereses

**Etapas 10: Evaluación de alternativas de acuerdo**

- Revisión de los intereses de las partes
- Evaluación del modo en que los intereses pueden satisfacer con las alternativas disponibles
- Evaluación de los costos y los beneficios de la selección de alternativas

**Etapas 11: Negociación definitiva**

- Alcanzar el acuerdo a través de la convergencia creciente de posiciones, de los saltos definidos hacia los acuerdos globales, del desarrollo de una fórmula consensual, o la afirmación de un medio de procedimiento destinado a permitir un acuerdo sustantivo

**Etapas 12: Obtención de un acuerdo formal**

- Identificación de los pasos de procedimiento para conferir carácter operativo al acuerdo
- Establecimiento de una evaluación y un procedimiento de supervisión
- Formalización del acuerdo y creación de un mecanismo de imposición y compromiso<sup>186</sup>

---

<sup>186</sup> MOORE, Christopher. *Op. Cit.*, 1995, p.68-69.



Folberg y Taylor, por su parte, estructuran la mediación en siete etapas distintas:

- Etapas 1: Introducción-creación de estructura y confianza
- Etapas 2: Planteamiento de hechos y aislamiento de problemas
- Etapas 3: Creación de opciones y alternativas
- Etapas 4: Negociación y toma de decisiones
- Etapas 5: Esclarecimiento y redacción de un plan
- Etapas 6: Revisión y proceso legal
- Etapas 7: Puesta en práctica, análisis y revisión

A partir de estos esbozos, se distinguen tres momentos del proceso de mediación: antes de la acción de mediar, la mediación en sí y una vez concluida la mediación.

Desde mi punto de vista, didácticamente, podemos resumir el proceso de mediación en cinco etapas, precedidas de la llamada premediación.<sup>187</sup> El esquema que será presentado se asemeja al de Folberg y Taylor, pero la introducción del proceso será considerada como premediación y no como una etapa de la mediación propiamente dicha. El número de sesiones de un proceso es variable, depende de la naturaleza, de la complejidad del conflicto y de la voluntad de las partes.

Antes de iniciar el estudio de la premediación y de las etapas del procedimiento, es pertinente analizar cómo se inicia un proceso de mediación. La iniciativa directa de una o ambas partes es la forma más común. Sin embargo, el proceso también puede ser designado por una autoridad competente (mediación obligatoria). Cuando la iniciativa es de una sola parte, el mediador o la institución deberán proceder a la comunicación con la otra, invitándola<sup>188</sup> para conocer el procedimiento. En estas situaciones el mediador debe enfatizar su imparcialidad, explicando que no actuará a servicio de quien primero acudió a la mediación.

---

<sup>187</sup> FOLBERG, J. y TAYLOR, A. *Op. Cit.*, 1997, p. 55-84.

<sup>188</sup> A menudo esta invitación es realizada por medio de una carta convite, en la que se explica el motivo de la invitación, la fecha y la hora de la reunión designada para esclarecer el procedimiento de la mediación.

De este modo, la premediación se desarrolla en conjunto o en separado, dependiendo de la iniciativa de las partes. Algunas instituciones aconsejan promover la premediación con cada una de ellas en particular para evitar la llamada “colonización de las narrativas”. No es indicado discutir detalles de los problemas en este momento inicial porque los mediados todavía no están preparados para una comunicación amigable.

**Premediación:** El primer momento, conocido como introducción o premediación, se inicia con la exposición parcial del conflicto. Es común que las partes quieran explicar detalladamente el problema, pero el mediador debe advertir que se logrará la discusión posteriormente, en las sesiones de mediación.

El mediador hace una valoración acerca de la posibilidad de mediar la situación propuesta. Si es viable, este profesional propone la mediación para las partes, explicando su proceso y sus principios.

Este momento inicial “es vital para el establecimiento de una relación que va a facilitar el resto del proceso de mediación.”<sup>189</sup> El mediador debe conquistar la confianza de los participantes por medio de la promoción de la credibilidad personal, institucional y del propio procedimiento de mediación. Debe todavía crear un ámbito que brinde a las partes con seguridad emocional.

Esta fase es esencial para eliminar el carácter adversarial del conflicto; explicar la responsabilidad de las partes; resaltar la necesidad de cooperación y respeto mutuo; esclarecer las funciones del mediador de imparcialidad y de confidencialidad, destacando que él trabajará para conducir el proceso de modo a facilitar el restablecimiento de la comunicación entre las partes, las cuales encontrarán la solución de sus propios problemas; hacer referencia a la posibilidad de realizar sesiones privadas (*caucus*) si las circunstancias del caso lo requieren. También es el momento indicado para que

---

<sup>189</sup> FOLBERG, J. y TAYLOR, A. *Op. Cit.*, 1997, p. 55.

se fijen los honorarios, en el caso de que la mediación no sea gratuita, para evitar posibles desacuerdos en el futuro.

En este momento el mediador establece las reglas de comportamiento y de funcionamiento de la mediación. Damián Saint-Merad explica que el mediador está imponiendo a las partes determinadas conductas, y muestra cómo deben actuar al menos durante las sesiones, es decir, en ese tiempo y en ese espacio. Les muestra un modelo de comportamiento y de comunicación y si estos requisitos no son cumplidos, los volverá a recordar, a riesgo de suspender su propia actuación. Mediante sus intervenciones de cara a delimitar comunicaciones en un marco aceptable, pues, impone a las partes la necesidad de acotar la comunicación en una dirección determinada (los turnos de palabra, la interacción con el mediador/a)., y debe siempre enfatizar la garantía de que a cada parte le llegará su momento de hablar, dándole la certeza de que no se le va a interrumpir cuando sea su turno, ni necesita hacer valer sus argumentos con demostraciones de fuerzas o amenazas, porque se espera (y si es necesario recordarlo será una de las tareas del mediador) que éstas han sido desterradas del ámbito de las sesiones.<sup>190</sup>

Después de esclarecidas todas las dudas pertinentes, las partes son las que deciden voluntariamente participar o no del procedimiento. No es primordial firmar un compromiso formal entre ellas, manifestando la voluntad de arreglar en conflicto por medio de la mediación. Como ya he resaltado, este instrumento pretende rescatar la importancia de la palabra en las relaciones. Jorge Guillermo sintetiza la importancia de la premediación, afirmando:

En síntesis, el discurso inicial es sumamente importante y altamente aconsejable dado que constituye, de algún modo, la primera impresión que tienen los participantes del proceso mediatorio. Permite crear las condiciones básicas para que los involucrados comiencen a tener confianza en el proceso, posibilitando que la comunicación recircule. Y fundamentalmente crea la sensación de que el mediador tiene control de la situación, porque construye cierta credibilidad en él mismo y en los procedimientos. Y esto es el punto de ingreso de un mediador en la disputa. Para aludir a este “clima”,

---

<sup>190</sup> SAINT-MEZARD, Damián. Comunicación: buenas prácticas y errores. En: SOLETO, Helena (Dir.). *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos, 2011, p.133-134.

se utiliza el término *rapport*, que tiene que ver con la capacidad para comunicarse libremente, al nivel de comodidad de las partes, al grado de precisión en la comunicación y a la calidad del contacto humano.<sup>191</sup>

**Primera etapa:** La primera etapa consiste en la exposición del conflicto. Son las partes las que deben decidir quien iniciará el discurso. El mediador resaltaré la importancia del respeto al momento de la exposición de cada una de ellas y se mostraré atento y comprensivo, prestando atención no solamente en las palabras, sino en las reacciones, posturas, inflexiones, es decir, en el lenguaje no verbal.

En este momento, cada participante expone el problema desde su punto de vista, sin interrupciones. Aquí los mediados asumen una postura activa de la comunicación. Y el mediador, siempre que sea necesario, puede recompensar la participación, agradeciéndoles por compartir sentimientos tan íntimos, incrementando así el clima de confianza.

Los discursos todavía están encubiertos por fuertes emociones que impiden un análisis general de conflicto. El mediador trabaja para minimizar los efectos de los sentimientos negativos e intenta originar sentimientos positivos entre los participantes. Lo ideal es que ellos se sientan seguros y encaren los problemas con menos dramatismo, buscando una solución objetiva del problema que también les satisfaga emocionalmente (gana-gana).

A menudo, las partes exponen el conflicto aparente y no el conflicto real en esta sesión inicial. En otras palabras, exponen sus posiciones, en detrimento de sus intereses. Y muchas veces no perciben que sus intereses tienen puntos de concordancia, pero que hasta ahora eran vistos como desacuerdos.<sup>192</sup>

---

<sup>191</sup> GUILLERMO, Jorge. Estructura y fases de la mediación. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 229.

<sup>192</sup> Jorge Guillermo explica: "La posición es lo que cada parte trae a la negociación en forma de demandas. La posición es lo que se pide, lo que se exige. Pero ella cumple un papel similar al de un iceberg: tan sólo podemos percibir una pequeña punta que se asoma sobre el nivel del agua. Sabemos sin embargo que por debajo, sin que nosotros lo podamos apreciar directamente, hay una inmensa masa de hielo, del doble o triple tamaño de lo que alcanzamos

El mediador debe separar las personas de los problemas para comprender los reales intereses en juego. Asimismo, debe transcender las posiciones de cada una de las partes, evidenciando las verdaderas necesidades. En esa investigación, él trabaja en dos planos: uno interior, que se va desarrollando a su propio nivel de consciencia e inteligencia; y otro exterior, que funciona por medio de preguntas directas y exigen de las partes un trabajo de reflexión.

El relato de los participantes es la gran fuente de información que el mediador dispone, ya que en mediación no hay pruebas. Por eso, es fundamental proceder una escucha activa, técnica que será posteriormente analizada, que permite al mediador percibir elementos más allá de la comunicación verbal.

La tarea de recopilación de datos también puede ser realizada de forma individual, lo que llamamos de *caucus*. En algunos conflictos, estas sesiones son aconsejables para que las personas hablen más abiertamente de sus problemas. De esta manera, el mediador tendrá acceso a un mayor número informaciones, que serán útiles para definir las estrategias del proceso.<sup>193</sup> Eso porque él tendrá la oportunidad de conocer la MAAN - Mejor

---

a ver. Por eso dijimos que por debajo de las posiciones, encontramos los intereses; ellos son los resortes silenciosos que hay tras el ruido de las posiciones. Aquí encontramos un nutriente básico, porque vemos que en esta zona está la parte verdaderamente fértil de la mediación.” Se puede apuntar todavía un tercer elemento que son las necesidades; lo básico indispensable.

GUILLERMO, Jorge. Comprensión del pin de las partes. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 234.

<sup>193</sup> El mediador puede definir la mejor estrategia para la solución del conflicto en conjunto con las partes o no. Moore apunta algunas cuestiones críticas que deben ser consideradas para el diseño de un plan de mediación:

1. ¿Quién debe participar en el esfuerzo de mediación?
2. ¿Cuál es el mejor ámbito de la mediación?
3. ¿Qué procedimiento se utilizará?
4. ¿Qué cuestiones, intereses y alternativas de acuerdo son importantes para las partes?
5. ¿Cuáles son las condiciones psicológicas de las partes?
6. ¿Cuál es el plan general de las primeras negociaciones conjuntas en presencia del mediador?
7. ¿Cómo serán identificados y ordenados los puntos específicos de la agenda?
8. ¿Cómo se definirán las normas de pauta de conducta?

MOORE, Christopher. *Op., Cit.*, 1995, p.175

Alternativa al Acuerdo Negociado de cada partes, a fin de dirigir las negociaciones sobre una base sólida.

Para utilizar el *caucus* el mediador se compromete a observar dos aspectos: la confidencialidad y la simetría. Él explica que todo lo que fue discutido en las sesiones privadas es confidencial, a no ser que las propias partes lo autoricen a utilizar informaciones de los relatos. La simetría está relacionada con la imparcialidad de este profesional, que tiene la obligación de ofrecer a los mediados iguales oportunidades. El *caucus* puede ser realizado en distintas fases del proceso, de acuerdo con la necesidad de cada conflicto.

Folberg y Taylor esclarecen: “esta etapa finaliza cuando el mediador sabe en qué punto se encuentran las desavenencias y conflictos, cuáles son los conflictos ocultos, y qué es lo que cada participante desea, así como aquellos aspectos en los cuales no va a transigir en forma alguna. Es posible que se requieran diversas sesiones para llegar a la conclusión de esta etapa, dependiendo del número de conflictos ocultos que se relacionan con el autoconcepto de los participantes.”<sup>194</sup>

**Segunda etapa:** Una vez definido el plan estratégico para el proceso de mediación, a partir de la identificación de las cuestiones e intereses de los litigantes y las posibles alternativas de arreglo, el mediador inicia la segunda etapa.

Después de preguntar si las partes tienen algo que añadir, el mediador hace un resumen de lo que fue explicitado, utilizando las propias palabras de los mediados, solicitando que ellos intervengan en el caso de que perciban alguna incorrección. Esa técnica es denominada de parafraseo. “El parafraseo, incluso, va más allá de saber que lo que escuchamos se ajusta realmente a lo que la parte narró: la otra gran función que cumple la paráfrasis es la de hacer saber a la parte que se ha tomado la molestia de contarnos su

---

<sup>194</sup> FOLBERG, J. y TAYLOR, A. *Op. Cit.*, 1997, p. 64.

versión de los hechos, que realmente la hemos escuchado. El parafraseo legítima, en consecuencia, a la persona que nos ha narrado lo sucedido”.<sup>195</sup>

El mediador no reproduce la parte hostil, agresiva, de los discursos, sino el núcleo de las ideas. En todo instante se certifica que ha comprendido la información correctamente, por medio de preguntas: ¿Es eso lo que usted ha afirmado? Si los mediados no están de acuerdo con el parafraseo, el mediador solicita que la parte le ayude a construir de otra forma sus conclusiones.

En ese momento el mediador debe aprovechar para, con las palabras de los mediados, mostrar los puntos de convergencia, creando una base sólida para la comunicación. Se trata del primer ordenamiento del problema. En verdad, el mediador conduce la sesión por medio del acto de resumir, objetivando reunir las distintas versiones en una sola, demostrando que el conflicto puede tener más puntos positivos de lo que se piensa.

**Tercera etapa:** Después de escuchar y aprobar el resumen del mediador, se inicia el diálogo directo entre los participantes con mayor profundidad. En esta etapa surgen las mayores contradicciones, indefiniciones, obscuridades. El mediador debe ser muy cauteloso para evitar mutuas agresiones que nada ayudan en la comunicación.

Esta fase sirve para aclarar los intereses comunes y contrapuestos de las partes. Es común que tales intereses se queden estancados, impidiendo la evolución del proceso, sobre todo cuando los participantes están obsesionados por mantener sus posiciones, confirmando su postura inicial. El mediador utiliza técnicas adecuadas para sacar a las personas de esta situación de estancamiento, incentivándolas a negociar sus intereses y contemplar sus reales necesidades. El uso de preguntas abiertas es una buena alternativa porque exigen de las partes una respuesta completa, a partir de un análisis reflexivo de las cuestiones propuestas.

---

<sup>195</sup> GUILLERMO, Jorge. *Op. Cit.*, 2007, p. 231

Otra situación común en esta fase es el entrampamiento. Es decir, las partes están concentradas en determinados discursos fijos que las impiden crear una solución. De acuerdo con Jorge Guillermo, una buena técnica a ser aplicada es el reencuadre: “decir de otro modo algo que fue expresado con anterioridad”, lo que permite ver el problema desde una nueva óptica antes no percibida.

De este modo, el mediador explica o reformula las cuestiones de modo a alejar las partes de definiciones improductivas, acercándolas a una solución eficaz. A partir de la confianza establecida en la mediación, un mediado se muestra más abierto a aceptar determinadas formulaciones del mediador, que muchas veces consisten en la misma cosa que la otra parte estaba afirmando, pero con expresiones distintas. Eso porque el mediador está capacitado para traducir a términos neutrales posicionamientos agresivos y tendenciosos.

La reformulación es más fácil cuando los conflictos son de intereses si se compara con la reformulación de conflictos de valores. La tarea del mediador es reencuadrar dichos intereses, aumentando el número de alternativas de arreglo posibles. En los conflictos de valores es más difícil porque las cuestiones tienden a ser bipolares: bueno, malo; correcto, incorrecto.<sup>196</sup>

A estas alturas las partes han comprendido el proceso de mediación y sus principios y ya se sienten seguras para negociar. Explicaron el conflicto desde su punto de vista, aclararon sus ideas a partir del resumen del mediador, tuvieron la oportunidad de dialogar en un ambiente favorable, identificando sus intereses comunes y contrapuestos. En el próximo paso, ellas empezarán a generar alternativas de acuerdo.

---

<sup>196</sup> Moore apunta tres estrategias para administrar los conflictos de valores: la traslación de las disputas basadas en los valores a disputas basadas en intereses, la identificación de metas superiores y la evitación.  
MOORE, Christopher. *Op. Cit.*, 1995, p.286.



**Cuarta etapa:** En esta etapa se manifiestan las primeras posibilidades concretas de acuerdo. Cuanto más flexibles se muestran las partes, más opciones creativas surgen a lo largo del proceso, lo que facilita la consecución de una solución mutuamente satisfactoria. A menudo, en esa fase, es necesario volver a las etapas anteriores con la finalidad de clarificar mejor las informaciones, pues los intereses y necesidades deben estar suficientemente detectados para evitar trabajar a ciegas.

Es importante que los mediados ya estén conscientes de la necesidad de colaboración y de que la mediación no se basa en la lógica ganador-perdedor. Eso permitirá que ellas se esfuercen para comprender la realidad del otro y no busquen exclusivamente la satisfacción de su interés personal.

Es difícil para las partes abandonar sus posiciones iniciales, las cuales les proporcionan cierta seguridad y les satisfacen psicológicamente. El papel del mediador es fundamental para animarlas e incentivarlas a generar múltiples alternativas, basadas en propuestas y contrapropuestas. Los recursos para generar alternativas de arreglo son muchos y distintos. Según Moore ellos tienen varias características comunes:

En primer lugar, todos tratan de que las partes puedan pasar de una visión bipolar de las soluciones a un enfoque multipolar (Maier y Hoffman, 1960). En segundo lugar, intentan separar la etapa de la creación de alternativas frente a la ulterior etapa de evaluación. Esta separación garantiza que el proceso de búsqueda será más global y completo, y no estará inhibido por los juicios prematuros. Tercero, concentran el esfuerzo de los negociadores en la cuestión o el problema, y no en el oponente. Se despersonaliza la disputa, de modo que las partes puedan dirigir sus ataques, no a las personas que participan en las negociaciones, sino a las cuestiones que las dividen (Chandler, 1945; Fisher y Ury, 1981; Walton y McKersie, 1965; Filley, 1975).<sup>197</sup>

Se destaca la técnica denominada “*brainstorming*” o torbellino de ideas. Consiste en incentivar a las partes a crear un mayor número de opciones, aunque estas parezcan disparates o que no sean realistas. Una buena estrategia es entregar una hoja en blanco a los participantes para que

---

<sup>197</sup> MOORE, Christopher. *Op. Cit.*, 1995, p.339.

ellos escriban todas sus ideas. La tarea del mediador es ayudar a las partes a escoger la opción que mejor se ajuste a sus necesidades.

De este modo, en la mediación, las personas son incentivadas a centrar sus esfuerzos en la búsqueda de un denominador común que contemple las más variadas posibilidades de solución y no en la estresante tentativa de ganar y desmoralizar al otro.

Es aconsejable que el mediador conduzca la discusión de modo que los puntos menos difíciles o de menor prioridad sean abordados en primer lugar. Al obtener acuerdos parciales, las partes van ganando mayor confianza en el procedimiento.

**Quinta etapa:** La fase final de una mediación bien sucedida es el logro del acuerdo. En verdad, no siempre una mediación exitosa culmina en un acuerdo formal. Muchas veces, los mediados han restablecido la comunicación y han aprendido a dialogar pacíficamente sus intereses, lo que representa la posibilidad de lograr discusiones productivas en el futuro.

De antemano, es importante esclarecer que las partes, a cualquier tiempo, pueden interrumpir el proceso de mediación, como también pueden llegar hasta aquí sin encontrar una solución.

En el caso de que hayan logrado acuerdos parciales o totales, los participantes evalúan con qué eficacia sus intereses serán satisfechos con dichos acuerdos. A menudo es necesario aclarar detalles secundarios antes de formalizar a un compromiso definitivo. Por eso, es importante que se trabaje en la mediación con una especie de borrador, el cual será constantemente revisado.

La mediación puede producir una gama muy diversificada de resultados. Como ejemplo, se resaltan los acuerdos globales y parciales, conforme la resolución de la totalidad o no de las cuestiones discutidas; los incondicionales o contingentes, dependiendo de que se establezca una

determinada condición en el futuro; obligatorios o no obligatorios, en el caso de que se exija el cumplimiento o que funcione sólo como una recomendación; procedimentales o sustantivos, si versan sólo sobre los procedimientos en cuestión o sobre la totalidad de pautas que envuelven el conflicto; verbales o escritos, de acuerdo con su forma; judiciales o extrajudiciales, consonante su origen.

El mediador siempre incentivará a las partes para lograr el acuerdo más sólido posible, en otras palabras, el acuerdo escrito que disponga sobre la totalidad de los puntos en conflicto; que no esté condicionado a una acción futura; que sea definitivo y obligatorio. Y más, un acuerdo que permita a las partes ejecutarlo y exigirlo.

El paso final es la formalización de la transacción. El mediador redacta un documento en términos comprensibles y aceptables por las partes, cuyas cláusulas deben estar dispuestas de manera clara y detallada, especificando las concesiones de cada mediado.<sup>198</sup> Es aconsejable la lectura en voz alta de este documento para que los participantes puedan asegurarse de que el acuerdo formalizado refleja lo que había sido acordado. Es indispensable que todos los involucrados suscriban “el contrato”, por eso, el mediador debe conferir la presencia de todas las partes que tienen verdaderamente legitimidad para resolver la controversia.

Dependiendo de la necesidad y del interés de las partes, este acuerdo puede ser homologado por el Poder Judicial. En algunas cuestiones, como en las separaciones y divorcios, la homologación judicial es imprescindible. En estos casos, los acuerdos necesitan ser revisados por un abogado para adecuarlos a las normas legales. Según Folberg y Taylor, “la revisión y el proceso legales actúan como guardianes de las etapas anteriores,

---

<sup>198</sup> Sara Rozenblum afirma que para que sea un buen acuerdo, debe ser: implementable; no incluir a las partes ausentes; examinar contingencias; no incluir culpas; no incluir cláusulas unilaterales; incluir reconocimiento.

ROZENBLUN, Sara. *Mediación - Convivencia y resolución de conflictos en la comunidad*. Barcelona: Graó, 2007, p. 27.

al someterse los acuerdos a procesos socialmente aceptados, que verifican y legitiman lo que se ha venido haciendo”.<sup>199</sup>

A menudo, los acuerdos incluyen la posibilidad de un seguimiento del cumplimiento, que es realizado por el mediador por medio de telefonemas, correos electrónicos o cartas. Representa un refuerzo positivo para las partes y sirve para evaluar la eficacia del proceso. No todas las desavenencias necesitan del seguimiento, sobre todo si las partes no van relacionarse entre sí en el futuro.

También es común la inclusión de la posibilidad de supervisión del acuerdo. Las partes eligen un tercero de su confianza para acompañar el cumplimiento de lo que fue decidido, definiendo claramente las normas de actuación y los límites de autoridad de este supervisor.

Por fin, se puede incluir la posibilidad de revisión de los acuerdos. La sesión de revisión constituye una especie de mini proceso, en la que se evaluarán los puntos de discordancia y las situaciones que impiden el cumplimiento de la obligación.

Muchas veces resulta difícil poner en práctica lo que fue acordado porque pueden surgir problemas externos inesperados. Los mediados pueden recurrir a la mediación para discutir las nuevas circunstancias o tentar resolver la situación de la manera que mejor les conviene.

El mediador es el responsable de conducir el proceso de mediación, controlando la evolución de estas etapas aquí expuestas. Según Moore, existen factores que influyen en el tiempo dedicado a cada una de estas etapas:

1. El nivel de desarrollo del conflicto y el momento de la entrada de un mediador;
2. La capacidad de los negociadores para resolver su propia disputa;

---

<sup>199</sup> FOLBERG, J. y TAYLOR, A. *Op. Cit.*, 1997, p. 76.

3. La igualdad de poder de los litigantes y el papel del mediador como factor de equilibrio del poder y agente de asignación de fuerza o autoridad;
4. Los procedimientos de negociación usados por las partes;
5. La complejidad de las cuestiones negociadas;
6. El rol y las tareas del mediador según la definición de las partes y él mismo.<sup>200</sup>

### 1.6.1 Técnicas utilizadas en la mediación

A lo largo del proceso de mediación anteriormente descrito ya fueron citadas algunas de las técnicas utilizadas en mediación, asimismo es necesario detallar algunas de estas técnicas y añadir otras.

De entrada, es importante resaltar la importancia de la comunicación en la mediación.<sup>201</sup> Yolanda Esteban afirma que “es el vehículo, el instrumento, a través del cual el mediador desarrolla su labor, de tal forma que, si utilizada adecuadamente, facilitará el adecuado desarrollo de dicho proceso y potenciará el acuerdo entre las partes.”<sup>202</sup>

El mediador debe ser un comunicador por excelencia. La comunicación es su materia prima, es la herramienta principal utilizada en las negociaciones. A través de una metodología adecuada, este profesional es capaz de lograr cambios significativos en las conductas de las partes, favoreciendo un clima más amistoso, tranquilo y colaborativo.

---

<sup>200</sup> MOORE, Christopher. *Op. Cit.*, 1995, p.71.

<sup>201</sup> La comunicación ha sido objeto de diversos estudios. Se destacan las aportaciones de Paul Watzlawick, que fue uno de los principales autores de la Teoría de la comunicación humana y del Constructivismo radical. De sus obras, se destacan:

WATZLAWICK, Paul. *Teoría de la comunicación humana*. Barcelona: Herder, 1997.

\_\_\_\_\_. *El lenguaje del cambio (6ª ed.)*. Barcelona: Herder, 1994.

\_\_\_\_\_. *Cambio*. Barcelona: Herder, 1999.

\_\_\_\_\_. *¿Es real la realidad? Confusión, desinformación, comunicación*. Barcelona: Herder, 2001.

\_\_\_\_\_. *El arte de amargarse la vida*. Barcelona: Herder, 2003.

\_\_\_\_\_. *La construcción del universo*. Barcelona: Herder, 2006.

\_\_\_\_\_. *Ficciones de la realidad: realidades de la ficción: estrategias de la comunicación humana*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008.

<sup>202</sup> ESTEBAN, Yolanda. La comunicación: su utilidad y poder en el proceso de mediación. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 77.

De esta forma, las técnicas utilizadas en mediación son básicamente técnicas que facilitan la comunicación, derivadas de otras disciplinas, tales como la psicología. Sirven para transformar los contextos iniciales de los conflictos de las partes y el modo de interacción entre ellas.

**Escucha activa:** Para que se inicie un proceso de comunicación es necesaria la emisión de una información. Un mensaje puede ser transmitido de distintos modos: verbal, simbólico y no-verbal.

La comunicación verbal es la más utilizada. Se desarrolla de forma oral o escrita. La comunicación simbólica, por su parte, se realiza por medio de símbolos, que sirven para transmitir la información, como ejemplo de las placas de tráfico. El lenguaje no-verbal es aquél que la información no es transmitida a través de palabras sino de gestos y expresiones corporales. Silvina Funes explica: “En la interacción, si las palabras son el contenido del mensaje, las posturas, gestos, expresión y tono de voz son parte del contexto que enmarca el mensaje y dan sentido al proceso comunicativo.”<sup>203</sup>

El mediador debe ser capaz de comprender el mensaje entero, con todos sus elementos, eso es, debe proceder una escucha activa. Escuchar activamente implica captar los lenguajes verbales y no-verbales de la comunicación. Esta técnica posibilita una mayor comprensión del conflicto y de las emociones de las partes. Moore afirma que la escucha activa cumple varias funciones al responder a los sentimientos de la gente:

- asegura que el hablante fue tenido en cuenta;
- permite que el hablante y el oyente verifiquen que se ha percibido el significado exacto del mensaje;
- demuestra la aceptabilidad de la expresión de las emociones;
- permite que el hablante explore y aclare sus propios sentimientos acerca de un tema, y la razón de su propia reacción;
- es posible que también cumpla la función fisiológica de alentar el suavizamiento de la tensión a través de la expresión de los sentimientos.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> FUNES, Silvina. Habilidades para la comunicación eficaz. . En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 95.

<sup>204</sup> MOORE, Christopher. *Op. Cit.*, 1995, p.71.

Para realizar una buena escucha el mediador debe: eliminar las barreras físicas; no desconectarse de su interlocutor; mantener el contacto visual; evitar juzgar de antemano; observar el lenguaje corporal; prescindir del egocentrismo; reflexionar y juzgar el contenido del mensaje, no a quien lo emite.<sup>205</sup>

Se recomienda utilizar esta técnica en todo el proceso, principalmente en la primera etapa, que consiste en la exposición del conflicto. Ese momento inicial todavía está permeado de fuertes emociones que a menudo son transmitidas por medio de expresiones corporales.

Las expresiones corporales transmiten mensajes positivos y negativos para quien está escuchando. Los primeros, muestran que el individuo está listo para la comunicación o que está actuando de forma abierta y adecuada. Son mensajes positivos: Sonrisa; boca relajada; ojos bien abiertos; ojos en el interlocutor; cejas levantadas y curvadas; la nariz con las aletas dilatadas; cabeza erecta; afirmaciones con la cabeza; cuerpo no curvado; cuerpo inclinado hacia delante; brazos abiertos; gestos con las manos abiertas; manos en el pecho; gestos compatibles con el discurso; etc.

Los mensajes negativos, por su parte, evidencian que la persona no está preparada para una comunicación amigable; son ellos: labios tensos; músculos de la cara contraídos; sonrisa formal; cejas levantadas y juntas; cejas bajas, con el párpado hacia abajo; mirada hacia abajo; falta de contacto visual; ojos entrecerrados; la nariz arrugada; movimientos con la cabeza para delante y para tras; cabeza caída, curva; brazos cruzados; encogerse de hombros; boca cerrada con las manos; puños cerrados; tics nerviosos; etc.

El tono de voz (altura, firmeza, velocidad, profundidad, precisión, etc.) de las partes también debe ser observado por el mediador, pues ofrece informaciones útiles sobre el estado de ánimo de los participantes y sobre la personalidad de ellos.

---

<sup>205</sup> DIEGO, Raúl de; GUILLÉN, Carlos. *Op. Cit.*, 2006, p. 106-107.

Al proceder una escucha activa, los mediadores estrechan sus relaciones con las partes porque demuestran que están atentos, interesados en lo que está siendo expuesto en la sesión.

**Empatía:** La empatía significa colocarse en la posición del otro con la intención de comprenderlo. Es utilizada por el mediador para transmitir a las partes su comprensión acerca de lo que ellas están expresando. No se puede confundir empatía con simpatía, como bien advierte Yolanda Esteban:

La simpatía implica hacer como propios los sentimientos y pensamientos del otro. Simpatizar emocionalmente significa que los sentimientos, pensamiento o conductas del otro son consideradas por el mediador como los más adecuados, lógicos y únicos posibles, dada su manera de ser o su utilización. La simpatía es, por consiguiente, incompatible con el distanciamiento emocional que ha de tener el profesional para observar desde fuera lo que la persona no puede ver desde dentro y, sin esta distancia, no podrá tomar decisiones para ayudar a las partes. Por el contrario, la empatía nos pone en contacto con el otro, pero sin llegar a convertirnos en él, experimentando sus propios sentimientos sin la distancia apropiada.<sup>206</sup>

Silvina Funes añade que: “Por tanto, es una habilidad basada en compartir, que sirve para construir confianza. Para promover empatía hay que crear sintonía. Para ello hay que hacer concordar la manera de expresar las cosas con la de las otras personas, en lo que se dice, en las palabras y en el cómo se dice, en los tonos, tratando de igualar velocidad, volumen, ritmo del habla, etc.”<sup>207</sup>

La empatía puede ser demostrada tanto en relación con los hechos como con los sentimientos de las partes. Esta técnica fomenta la confianza de los mediados en el mediador y en el procedimiento. A partir de esta postura empática del mediador, las propias partes se sienten incentivadas a asumir una conducta empática entre ellas mismas, lo que facilita la mutua comprensión.

---

<sup>206</sup> ESTEBAN, Yolanda. Op. Cit., 2007, p. 88

<sup>207</sup> FUNES, Silvina. Comunicación: emociones y poder. En: SOLETO, Helena (Dir.). *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos, 2011, p.145.



**Feedback o retroalimentación:** Los cambios de informaciones son circulares, es decir, todo lo que se dice o hace se refleja en los otros y lo dicho por los demás influye en uno. De esta forma, se tienen circuitos de retroalimentación de la comunicación.

Gloria Novel explica que proporcionar feedback supone enfocar en diálogo desde un punto de vista apreciativo y sirve para:

- Promover la iniciática de ambas partes, de modo que conjuntamente se pueda llegar a una comprensión de la situación y a un acuerdo sobre qué y cómo cambiar lo que sea necesario.
- Fomenta la responsabilidad de las partes, ayudando a que cada uno comprenda el punto de vista del otro, pueda expresar el suyo y conjuntamente, lleguen a las decisiones necesarias para el cambio previsto.
- Proporciona información acerca de la calidad y cantidad de lealtad y confianza que puede percibir por parte del otro, ayudando a que ésta sea una percepción recíproca.
- Mejora la calidad de las relaciones tanto en el área personal, familiar, laboral u otras esferas de la vida, siempre y cuando el feedback sea constante y altamente efectivo.
- Proporciona seguridad en la relación, dando que recibir feedback supone siempre un buen nivel de reconocimiento de la persona, independientemente de los resultados obtenidos. En ese sentido, cabe mencionar que negar de modo frecuente o sistemático el feedback a alguien, puede ser considerado como un tipo de castigo psicológico, por la falta de refuerzo y atención específica.<sup>208</sup>

El feedback es considerado positivo cuando produce un cambio, estableciendo una actitud abierta y receptiva de las partes, que empiezan a compartir informaciones de modo productivo. Cuando este círculo comunicativo se convierte en mutuas agresiones, el mediador debe controlar la situación, restableciendo el orden en la sesión.

**Reencuadre:** Como ya fue dicho, el reencuadre consiste en presentar las situaciones y los discursos de los protagonistas desde una óptica distinta. En muchas ocasiones es necesario oír lo que ha sido expuesto de una forma reorganizada para tener una comprensión más amplia y real de sus propios intereses.

---

<sup>208</sup> NOVEL, Gloria. *Op. Cit.* p. 273.

El mediador reencuadra el conflicto de una forma menos agresiva, con más objetividad, resaltando el aspecto positivo de la disputa, favoreciendo la consecución de propuestas de acuerdos. Esta técnica posibilita que los mediados perciban que sus discursos están centrados en la culpabilización del otro y que cada uno se admita como copartícipe de la controversia.

**Asertividad:** La comunicación asertiva fomenta la capacidad de uno para comunicar libremente sus posturas, opiniones, creencias, sin sentir vergüenza o culpa. “La persona asertiva se expresa de manera franca, honesta y no amenazadora, respetando y haciendo respetar a la vez los derechos personales o poniendo un límite a una situación que desagrada.”<sup>209</sup>

El mediador incentiva y ayuda a las partes a expresarse asertivamente, fomentando la capacidad de transmitir sentimientos y deseos de forma natural. Estos mensajes sirven para clarificar la situación y no para agredir a la otra persona. El mediador también debe ser asertivo, comunicándose con las partes de modo sincero y abierto.

Las personas formulan respuestas asertivas de oposición o de aceptación con relación a las ideas del otro. Es decir, pueden asumir una posición contraria o de rechazo a la conducta o al discurso de la otra parte, así como pueden transmitir comentarios positivos, que demuestran su aprobación.

**Preguntas abiertas:** Las preguntas son esenciales en la labor del mediador. Ese profesional debe saber qué preguntas hacer y en qué momento de la conversación son oportunos estos cuestionamientos. “Unas preguntas bien concebidas concisas y dirigidas al meollo de la cuestión que se discute son una poderosa herramienta de negociación para descubrir los motivos y reconocer las necesidades del contrario.”<sup>210</sup> Cumplen las funciones de proporcionar información, originar pensamientos y cuestionamientos e inducir a conclusiones.

---

<sup>209</sup> FUNES, Silvina. *Op. Cit.*, 2007, p. 104

<sup>210</sup> DIEGO, Raúl de; GUILLÉN, Carlos. *Op. Cit.*, 2006, p. 127.

Existen dos clases de preguntas de acuerdo con el tipo de respuestas: las cerradas y las abiertas. Las cerradas son preguntas de respuestas simples, de sí o no, o que informan un determinado dato específico. No dicen mucho sobre el conflicto. El mediador las utiliza cuando la discusión ya ha avanzado y él quiere obtener una opinión más firme de un determinado mediado. Ejemplos: ¿Usted quiere la guardia del niño?; ¿Cuándo se firmó el contrato?

Las preguntas abiertas son ampliamente utilizadas por el mediador. Ellas incentivan la participación activa de las partes y las incentiva a desarrollar un raciocinio sobre el conflicto. Son ejemplos de preguntas abiertas: ¿Cómo? ¿Cuándo? ¿Por qué? ¿Lo qué usted piensa sobre? ¿Qué tiene usted que decir sobre?

De este modo, es recomendable que el mediador empiece a utilizar primero preguntas abiertas y deje que las respuestas sugieran preguntas cerradas. Con eso, él mantiene el flujo de la comunicación y utiliza los cuestionamientos cerrados para señalar determinada información específica. El mediador debe evitar las preguntas condicionales porque estas delimitan la creación de opciones creativas.

Las preguntas en mediación deben tener un objetivo preciso con la finalidad de aclarar los aspectos más significativos del conflicto. Se aconseja a los mediadores formular las preguntas de forma pausada para que las partes dispongan de tiempo para reflexionar sobre sus respuestas y para que no sean bombardeadas con cuestionamientos innecesarios.

Silvina Funes explica que es importante que las preguntas sean claras y pertinentes y que existen otras clases de preguntas, distintas de las abiertas y cerradas, para favorecer la comunicación y el desahogo: Preguntas por sentimientos (¿Cómo te sientes por esta situación?); Para promover la empatía (¿Cómo crees que se ha sentido él/ella?); Para confirmar u ordenar información (¿Quieres decir que...?); Para aclarar valores y creencias (¿Por qué piensas /crees/pides eso?; ¿Qué te motiva a pensar/creer/pedir tal cosa?;

¿Por qué esto es tan importante para ti?); Para mejorar la expresión de necesidades, opiniones (¿Cómo te sientes?; ¿De qué manera te afecta? ¿Porqué te sientes así?); Para separar a la persona del problema (¿Hace algo que a ti te molesta?); Preguntas para buscar soluciones o llegar a acuerdos (¿Qué quieres?; ¿Para qué lo quieres?; ¿Qué puedes ofrecer?; ¿Cómo podemos hacer para evitar?).<sup>211</sup>

**Anotaciones:** El mediador recibe un gran número de informaciones en una entrevista, las cuales él puede olvidarse. Para mejorar su actuación, muchos profesionales recorren a la técnica de anotaciones, cuyo contenido debe ser preciso y reducido, de modo que sean enfatizados los elementos imprescindibles del conflicto.

Para utilizar la técnica de anotaciones, es indispensable que el mediador solicite permiso de las partes e informe que estos apuntes son confidenciales y sirven sólo de orientación para tu trabajo.

Se recomienda al mediador revisar sus notas juntamente con las partes antes del final de las sesiones. De este modo ellas pueden corregir los posibles errores y ya empiezan a sintetizar de forma más objetiva sus ideas e intereses.

El mediador también puede revisar, organizar y añadir datos a sus anotaciones sin la participación de las partes, después de terminada las sesiones. Él debe incluir sus percepciones del conflicto y de los participantes, las cuales van cambiando con el desarrollo del proceso.

Es común en las co-mediaciones (más de un mediador) establecer que uno será el responsable por las anotaciones, que serán revisadas y discutidas por ellos en conjunto para una información más detallada y precisa. No siempre las anotaciones son beneficiosas para el proceso. Folberg y Taylor advierten que tomar notas puede:

---

<sup>211</sup> FUNES, Silvina. *Op. Cit.* 2011, p.146-149.

Distraer a los participantes, impedir el flujo de la comunicación, e interrumpir el clima de afinidad que se está tratando de establecer. Si, en determinado momento, un mediador toma un lápiz y comienza a escribir, los participantes pueden tener la impresión de que lo que están diciendo es especialmente significativo, y pueden seguir la tendencia a ampliarse en este aspecto específico, hasta deformar la realidad. Recíprocamente, si el mediador dejar de tomar notas durante algunos momentos, puede dar a los participantes la impresión de que lo que están expresando no es lo suficientemente importante para anotarse, y por lo tanto no requiere una mayor explicación.<sup>212</sup>

**Grabación y video:** La grabación y el video son otros modos de registro de las sesiones de mediación. Del mismo modo, el mediador debe solicitar la autorización de las partes. A menudo, estas no se sienten cómodas con la utilización de estos métodos hasta que no confíen plenamente en el mediador y en el proceso.

Es curiosa la reacción de las partes cuando ellas asisten las grabaciones de sesiones anteriores. Muchas veces, la persona sostiene que no había hecho determinada afirmación, incluso oyendo su propia voz. Eso porque las personas suelen hablar pero no escuchan lo que están diciendo; hablan sin pensar, de forma irresponsable.

Además de estas técnicas, algunas actitudes facilitan el ejercicio de la función mediadora y ayudan a las partes: ser siempre positivo; hablar de manera clara y objetiva; enfocar los conflictos hacia el futuro; demostrar interés en lo que está siendo discutido; buscar siempre el momento oportuno para intervenir; no interrumpir; realizar preguntas y respuestas constructivas; trabajar de modo a conquistar la confianza de las partes.

---

<sup>212</sup> FOLBERG, J. y TAYLOR, A. *Op. Cit.*, 1997, p. 132.

## 1.7 El ambiente de la mediación

El ambiente ideal para la realización de una mediación es un lugar calmado y neutral que no favorezca a ningún de los participantes. La disposición física del local debe ser preparada para recibir las personas de modo que estas se sientan confortables, tranquilas y seguras. Según Moore, “la *disposición física* se refiere a la ubicación de los asientos, la forma de la mesa, el espacio asignado a los litigantes y el que se establece entre ellos, los objetos físicos que indican la autoridad o las diferencias de poder, y el espacio para la interacción pública o privada.”<sup>213</sup>

Un aspecto importante es que la mesa de mediación sea redonda porque de este modo se evita posiciones de antagonismos, lados opuestos, campos de batalla, así como evita jerarquías entre el mediador y las partes. De esta manera, las sesiones se convierten en un círculo en el cual todos trabajarán conjuntamente para una la construcción de una solución. Cuando no hay histórico de violencia, los mediadores pueden eliminar la mesa para aumentar la proximidad entre los participantes y reducir el formalismo.

Las sillas deben ser confortables para que los mediados no se sientan incómodos. Es importante que el mediador esté ubicado de tal modo que ambas partes puedan comunicarse con él sin dificultades. Las paredes de las salas de mediación, a su vez, deben tener colores claros, que transmiten paz. En fin, una sala de mediación debe ser un ambiente cálido y relajado, pues así será favorable para una discusión amigable.

---

<sup>213</sup> MOORE, Christopher. *Op. Cit.*, 1995, p.187.



## **2. LA MEDIACIÓN DE CONFLICTOS EN BRASIL COMO MECANISMO COMPLEMENTARIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

### **2.1 Panorama general de la administración de justicia en Brasil**

La administración de justicia en Brasil es muy compleja en virtud de la dimensión territorial gigantesca del país, de la estructura intrincada del Poder Judicial y de la complejidad de las normas procesales vigentes que permiten numerosos recursos. En los últimos años han sido múltiples las iniciativas desarrolladas con el fin de modernizar la justicia y promover la superación de los obstáculos que afectan al Poder Judicial. La coyuntura actual indica que los desafíos para lograr una administración de justicia de calidad o realmente efectiva son numerosos y difíciles de superar. Lo cierto es que se torna cada vez más evidente que el camino viable es a través de la interdisciplinariedad y de la democratización de sus instituciones.

En este apartado serán suscitados algunos aspectos de la evolución de la administración de justicia en Brasil con la finalidad de analizar sus peculiaridades. No se pretende con este abordaje trazar la trayectoria lineal de la construcción de la justicia y de sus órganos, sino destacar sus rasgos fundamentales en períodos históricos distintos (Colonia, Imperio, República y Democracia) y la influencia de sus orígenes en la actualidad. Así, es imprescindible realizar una opción metodológica en el sentido de no detallar los acontecimientos históricos pues, caso contrario, este apartado resultaría inmenso y no lograría su objetivo principal. Los hechos históricos servirán de



base para contextualizar la investigación sobre los principales elementos de la administración de justicia en el país.

El siglo XV, llamado de “siglo de las innovaciones,” abre la era de los descubrimientos a través de las grandes navegaciones, que permitieran a algunos países europeos, principalmente Portugal, España e Inglaterra explorar pueblos y tierras distantes, lo que generó procesos de colonización.

Brasil fue colonizado por Portugal a partir de 1500 a través de un largo periodo de colonización que siguió el modelo de exploración y no el de poblamiento. Fue establecida una agricultura tropical que transformó el país en una gran empresa de cultivo de tierra para proveer de materia prima. A lo largo de este período la metrópoli portuguesa impuso su modo vivir a los primeros habitantes indígenas del país e importó sus instituciones políticas y jurídicas con sus respectivos defectos para Brasil.

El derecho extranjero, compuesto por las Ordenaciones Portuguesas (Afonsinas, Manuelinas y Filipinas), discriminó la población nativa y desconsideró la importancia de las costumbres ampliamente utilizadas en diversas comunidades indígenas.<sup>214</sup> En esta época prevaleció en Brasil la reproducción de un aparato jurídico conservador, represivo y patrimonialista, que no representaba los verdaderos deseos de la población nativa que aquí vivía.

La estructura judicial del Brasil-Colonia fue marcada por la existencia del sistema feudal de capitanías hereditarias (extensas propiedades regaladas

---

<sup>214</sup> Sería injusto estudiar la formación de la cultura jurídica de Brasil sin abordar los indígenas y las extremas injusticias que estas personas han sufrido a lo largo del desarrollo del país. La investigación sobre la historia de estos pueblos primitivos no es sencilla ya que ellos de un modo general no dejaron registros escritos. Toda su estructura organizacional estaba basada en la costumbre y en la vida en comunidad. Lo que apuntan los historiadores es que en el inicio de la colonización casi hubo un genocidio y la tentativa de esclavización por parte de los portugueses de estas personas no resultó victoriosa. La cultura de estos pueblos se caracteriza por la simplicidad y espontaneidad de sus actitudes, siempre conectadas con la naturaleza. En la actualidad, los indígenas todavía sufren con la dominación de los “hombres blancos” y no tienen un sistema efectivo que les garantice la propiedad de tierras para que puedan vivir tranquilamente y desarrollar su cultura. El difícil equilibrio entre aislamiento y convivencia con otras culturas es un gran desafío para estas personas y para el gobierno brasileño. Para mayores informaciones, ver: <http://www.funai.gov.br/>

a los nobles portugueses para que, por cuenta propia, explorasen la tierra y promoviesen la fundación de ciudades). En la fase inicial, toda la administración estaba concentrada en las manos de los donatarios, que, en la práctica, ejercían las funciones de legislar, acusar y juzgar, lo que permitió graves abusos. “La estructura judicial de Brasil comenzó, por tanto, en las manos de los capitanes-donatarios, con poderes para establecer actividades económicas y organizar la vida civil en la tierra.”<sup>215</sup>

La organización de la administración de justicia en esta época actuaba como instrumento de dominación colonial y servía para legitimar y favorecer a la élite y los intereses de la metrópoli. Los colonizadores y la aristocracia rural no consideraban las prácticas del derecho comunitario nativo, basado en la costumbre, en verdad, imponían su cultura legal que estaba vinculada a la corona portuguesa y no representaba los intereses de la mayor parte de la población. De esa manera, el elitismo es una fuerte característica de los orígenes de la tradición jurídica de Brasil, cuyos efectos generaban exclusión y se reflejan todavía en la actualidad. Wolkmer afirma que:

En verdad, la especificidad de la estructura colonial de la justicia favoreció un escenario institucional que inviabilizó, desde el comienzo, el pleno ejercicio participativo de derechos de ciudadanía y de prácticas político-legales descentralizadas, propias de una sociedad democrática, pluralista. Naturalmente, el estándar político administrativo extranjero, instaurado por la administración portuguesa e incorporado paulatinamente por nuestras instituciones, acabaría asumiendo, por su formalismo retórico y por su tecnicismo, un perfil predominantemente excluyente y discriminador.<sup>216</sup>

---

<sup>215</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *O Direito na História*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 242.

Traducción del texto original: A estrutura judicial começou no Brasil, portanto, nas mãos dos capitães-donatários, com poderes para estabelecer atividades econômicas e organizar a vida civil na terra.

<sup>216</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 89. Traducción del texto original: Na verdade, a especificidade da estrutura época colonial de justiça favoreceu um cenário institucional que inviabilizou, desde seus primórdios, o pleno exercício participativo dos direitos de cidadania participativa e de práticas político-legais descentralizadas, próprias de uma sociedade democrática e pluralista. Naturalmente, o padrão político-administrativo alienígena, instaurado pela administração portuguesa e incorporado paulatinamente por nossas instituições, acabaria assumindo, por seu formalismo retórico e por seu tecnicismo, um perfil de teor predominantemente excludente e discriminador.

El nepotismo y el patrimonialismo, o sea, la enajenación de los bienes públicos por parte de los que ejercen el poder, también eran recurrentes en el Brasil Colonial. El formalismo, la burocracia y la corrupción complementaban el cuadro de dominación a favor de la nobleza y del clero que excluía del banquete real a todos los demás.

La espina dorsal de la administración de la justicia estaba formada por los jueces. La corona portuguesa establecía un rígido criterio de selección y privilegiaba a los candidatos que provenían de familia rica, ya que el título de licenciado en Derecho por la Universidad de Coímbra era requisito indispensable para asumir el cargo. En el desempeño de su actividad, era común que los jueces actuaran en defensa de los intereses de su clase social o de la corona: “la imparcialidad y la neutralidad jurídica no pasaban de mitos, subyugadas por el cambio de favores y tráfico de influencia”<sup>217</sup>

La fuerte presión externa tornó la independencia de Brasil inevitable. Esto ocurrió en 1822 a través de un movimiento realizado por la propia elite y sin la participación de la mayor parte de la población. El pensamiento filosófico que inspiró esa época fue el liberalismo, estimulado por la Revolución Francesa. Hay que resaltar la notable distinción entre “el liberalismo europeo, como ideología revolucionaria articulada por nuevos seguimientos emergentes y forjados en la lucha contra los privilegios de la nobleza, y el liberalismo brasileño, canalizado y adecuado para servir de soporte a los intereses de las oligarquías, de los grandes propietarios de tierra y del clientelismo vinculado al monarquismo imperial.”<sup>218</sup>

Así, el liberalismo brasileño era conservador, elitista y antipopular, sustentado por prácticas autoritarias, formalistas e ilusorias. Un buen ejemplo

---

<sup>217</sup> MACIEL, José Fábio Rodrigues; AGUIAR, Renan. *História do Direito*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.125.

<sup>218</sup> WOLKMER. *Op. Cit.* 2008, p. 94. Traducción del texto original: O liberalismo europeu, como ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes e forjados na luta contra os privilégios da nobreza, e o liberalismo brasileiro, canalizado e adequado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial.

de la ambigüedad del liberalismo brasileño es la paradójica tentativa de conciliar liberalismo y esclavitud.<sup>219</sup>

Tras la independencia surgió la necesidad de concebir una estructura jurídica genuinamente brasileña y construir instituciones administrativas propias. Dos medidas se mostraban urgentes para consolidar la emancipación jurídica del país: la elaboración de un aparato legislativo<sup>220</sup> y la creación de Facultades de Derecho,<sup>221</sup> con el propósito de engendrar el pensamiento jurídico nacional y formar abogados para, además de ejercer la abogacía, ocupar los cargos públicos.

---

<sup>219</sup> La esclavitud es un tema que merece ser destacado en la historia de Brasil pues sus efectos se reflejan todavía en la actualidad. Los esclavos eran negros de otras colonias portuguesas situadas en África que fueron traídos en las embarcaciones para suplir la necesidad de mano de obra en la producción de azúcar a partir de la extracción de la caña de azúcar, y, posteriormente, en la extracción de oro. El tráfico de negros fue un negocio muy lucrativo. El tratamiento dado a estas personas era deshumano, incluso eran considerados como mero objetos. Las mujeres trabajaban en las casas de los dueños de tierra y sus niños ya nacían en la condición de esclavos. A lo largo de este periodo hubo resistencia por parte de los negros, sobre todo, en los Quilombos. Palmares fue el mayor de los Quilombos y su población llegó a treinta mil personas, formada por negros que huían de las propiedades en las que eran explotados. Pero la liberación de los esclavos no se dio en virtud de la resistencia de los negros sino resultó de la Revolución Industrial que pasó a exigir un mercado consumidor y por eso Inglaterra presionó otros países para liberación (Ley Bill Aberdeen de 1845), a fin de cuentas, un esclavo no compra. La abolición formal de la esclavitud en Brasil ocurrió en 1888 e, infelizmente, no hubo un proceso de inclusión social, de educación de estas personas. Todavía están presentes en la sociedad brasileña fuertes trazos de la cultura africana principalmente en el folclore, culinaria y religión. Para mayores informaciones ver:

FREITAS, Décio. *Palmares, a guerra dos escravos*. Rio de Janeiro: Graal, 1982.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 30 ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

<sup>220</sup> La normativa más importante fue la primera Constitución Imperial otorgada en 1824. En consonancia con la tendencia de la época, defendía la separación de los poderes. Esta Constitución dividió el poder estatal en cuatro: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Moderador. Este último era ejercido por el imperador, que controlaba los otros poderes. Posteriormente, fueron elaborados en el periodo imperial los Códigos: Penal y de Proceso Penal, en 1830 y 1846 respectivamente. La ley civil surgió en 1916, lo que comprueba la falta de interés para garantizar los derechos civiles de la población.

<sup>221</sup> Para producir un Derecho propio de Brasil fueron creadas las primeras Facultades de Derecho del país. Las ciudades elegidas fueron Sao Paulo y Olinda, cuya Facultad fue posteriormente transferida para Recife. La Facultad de Recife absorbía las tendencias extranjeras vinculadas al liberalismo. Concebía los pensamientos más modernos de la época y por eso eran considerados la vanguardia jurídica del país. Pero esta erudición se mostró poco eficaz en términos prácticos. La Facultad de Sao Paulo, a su vez, se caracterizaba por su espíritu político, ya que la ciudad desde aquella época ya representaba el centro político-económico del país. Esta Facultad fue responsable de la formación de los grandes políticos y burócratas del Estado, de un modo general, poco comprometidos con la eficacia de los derechos en beneficio de los excluidos. En verdad, el Derecho producido en las dos Facultades no era destinado a atender la expectativa de la mayor parte de la población, pobre, sin educación formal y marginalizada. Un buen ejemplo es el difícil lenguaje jurídico utilizado, prácticamente inaccesible para aquellas personas. WOLKMER. *Op. Cit.* 2008.

En el periodo imperial la herencia del derecho canónico era evidente pues la religión católica era considerada la oficial del Estado. En esta época el pluralismo jurídico se concentraba en dos vertientes: el derecho legal estatal y el derecho canónico, ambos elitistas y conservadores.

A lo largo del Estado Liberal el papel del Poder Judicial brasileño se restringió a garantizar el desarrollo del orden natural existente en la sociedad. La estructura organizacional de la justicia del país seguía marcada por la rara y contradictoria influencia de la herencia colonial burocrática-patrimonialista, caracterizada por prácticas conservadoras, y, paradójicamente, de una tradición liberal que sirvió para satisfacer a la élite dominante. De esa manera, el Derecho instituido por el Estado permanecía distante de la realidad de los pobres, excluidos.

En 1889 Brasil se convirtió en República, inspirada en el constitucionalismo norteamericano y en el positivismo filosófico de August Comte. La República consagró la democracia representativa, la separación de los poderes y el federalismo pero conservó las desigualdades entre la elite, productora de café y leche, y el resto de la población, carente de la garantía de sus derechos.

Durante la Republica se instaló un modelo extremadamente legalista, positivista, con la elaboración de leyes y codificaciones para reglamentar los intereses de los propietarios de tierras, representantes de la burguesía. El Estado preconizaba el monopolio de la producción jurídica y con eso dificultaba el desarrollo de prácticas sociales democráticas e emancipadoras por parte de la población marginalizada. Eso no significa decir que tales prácticas no existían. En verdad, se podrían observar tres tipos de legalidad en el país:

- 1- Las leyes formales del derecho estatal;
- 2- Las leyes de los grandes propietarios de tierras y de los grandes comerciantes;

3- La ley popular, comunitaria, utilizada por los trabajadores de la zona rural.<sup>222</sup>

El derecho estatal se sobreponía sobre las demás leyes. Tal supremacía era impulsada por el dogmatismo jurídico, pensamiento que se extendió por toda la producción jurídica del país e interfirió en la actuación de los legisladores, jueces, abogados, profesores, de los juristas en general. El dogmatismo delineó el perfil del monismo jurídico brasileño que permaneció dominante en la mayor parte del siglo XX, principalmente durante la dictadura militar que perduró desde 1964 hasta 1988. En esta época, así como en cualquier régimen autoritario, había predominancia del Poder Ejecutivo. La actividad del Poder Judicial era limitada, controlada, pues los jueces no ejercían con independencia su poder de decisión.

A partir de la redemocratización del país, con la promulgación de la Constitución Federal de 1988, ocurrió una nueva dimensión del papel del Poder Judicial, que asumió la función de definir políticas públicas y garantizar la eficacia de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cumpliendo su función social. La indeterminación e indefinición de los derechos sociales contribuyeron a ese proceso porque pasaron a exigir una mayor autonomía del juez para hacerlos eficaces.

La evolución del Estado Liberal hacia el Estado Social repercutió de forma directa en la administración de la justicia y en la actuación del Poder Judicial. En el Estado Social este Poder asume posición de participe en la realización de las políticas estatales, aplicando no sólo las reglas establecidas por el Legislativo para mantener el *status quo*, sino también interfiere para modificar el curso de la realidad socio-económica del país.<sup>223</sup>

De esa manera, se desencadenó en el país el fenómeno mundialmente conocido como “judicialización de la política.” La norma constitucional de 1988 intensificó este fenómeno en la medida en que “atribuyó

---

<sup>222</sup> SHIRLEY, Robert. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 79-90.

<sup>223</sup> ROCHA, José. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

al Poder Judicial, además de su papel tradicional de fiscal de la legalidad, un nuevo papel de guardián de la legitimidad,<sup>224</sup> generando una dimensión política y proactiva de su desempeño.

El Poder Judicial pasó a participar activamente en el control político de las actividades del Legislativo y del Ejecutivo y su actuación ha interferido en el desarrollo de las políticas públicas del país. La Constitución Federal de 1988 estableció que el Supremo Tribunal Federal, órgano que ocupa la cúspide de la pirámide en la administración de justicia en Brasil, es competente para ejercer el control abstracto de constitucionalidad de las leyes mediante provocación de la comunidad de intérpretes constitucionales. Con esa atribución constitucional la Suprema Corte pasó a acumular el papel activo de legislador indirecto y guardián de los derechos fundamentales y de la propia Constitución.

Los resultados del proceso de judicialización de la política han sido positivos para hacer efectivos los derechos sociales de los ciudadanos pero han producido una excesiva politización de la justicia, potenciada por una desmedida judicialización de la vida política, que se torna preocupante cuando sobrepasa los niveles aceptables, amenazando con degradar el sistema democrático y los valores éticos que constituyen su fundamento.

No se puede olvidar que en cierto grado el Poder Judicial carece de legitimidad popular. En Brasil los jueces son seleccionados a través de concurso público o sea sin la participación de los ciudadanos. Se constata la inversión de la superioridad de la voluntad colectiva en la medida en que el Poder que representa esta voluntad es limitado por las decisiones del respectivo Tribunal.<sup>225</sup> Esta crítica no pretende afirmar que las acciones del Tribunal son arbitrarias o ilegales, en verdad, el control de constitucionalidad está previsto en la Constitución, en otras palabras el Judicial tiene legitimidad constitucional. La legitimidad democrática del juez no es política, deriva del

---

<sup>224</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 190.

<sup>225</sup> BARRETO, Antônio Mont'Alverne; BERCOVICI Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.226.

carácter democrático de la norma constitucional y su fundamento es la intangibilidad de los derechos fundamentales.<sup>226</sup>

El control ejercido por el Judicial para determinar la consecución de políticas públicas o la inconstitucionalidad de determinadas normas debe permanecer vinculado con los preceptos constitucionales para no extrapolar su función y su intervención debe ser realizada sólo cuando sea extremadamente necesaria. También debe ser respetado el principio de la “*reserva do possível*”<sup>227</sup> para reconocer la limitación de los recursos presupuestarios frente a la enorme demanda social lo que exige un diálogo abierto entre los poderes estatales.

Otro principio fundamental es la independencia del juez. Hierro argumenta que “La independencia judicial no es garantía de la democracia sino que la democracia es garantía de la independencia judicial. (...) instrumenta la exigencia democrática del sometimiento de todos los poderes a la ley. Dicho de otra forma, un poder judicial independiente es el instrumento democrático adecuado para combatir el abuso, la desviación o la corrupción de cualquier detentador del poder.”<sup>228</sup> Sin embargo, esa independencia no le garantiza el derecho de no someterse a la ley. Para tener legitimidad democrática el judicial debe juzgar de acuerdo con la ley y los ciudadanos deben obedecerlas. En ese sentido Moreno explica que:

Tengo la impresión de que en una sociedad democrática las normas tratan de responder a un proyecto, a una determinada concepción política, aquella que resulta de la voluntad de quien en cada momento legítimamente ostenta el poder, y que esas normas podrán gustarnos más o menos, que podremos estar más o menos de acuerdo con los principios en los que se inspiran sus decisiones, pero que nuestro deber es obedecerlas. (...) Podemos, no cabe duda, someterlas con un patrón ideológico dado. Más aún; cuando una ley es considerada injusta por una parte importante de la población surge inevitablemente la legítima expectativa de cambiarla a través de los cauces que constitucionalmente están establecidos; pero con carácter general eso no autoriza al juez aplicar la ley en un sentido diferente a como ha sido promulgada, ora porque la considere injusta, ora porque

---

<sup>226</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 58.

<sup>227</sup> En castellano: “la reserva de su posibilidad.”

<sup>228</sup> HIERRO, Liborio. *Estado de Derecho- Problemas actuales*. México: Fontamara, 1998, p. 55-56.



no le convenga al caso que tiene que decidir, o lo que aun es peor, simplemente porque contraviene los criterios de la ideología del régimen político que la ha dictado.<sup>229</sup>

En los últimos años han sido demasiadas las controversias políticas que acaban judicializándose en Brasil. La burocracia, la corrupción y otras características de la política brasileña tornan fallidos los mecanismos de resolución propios de la política. Con eso, una cantidad desmesurada de debates que no deberían salir del ámbito político acaban judicializándose y frecuentemente fuerzan los instrumentos jurídicos para obtener a través de cauces procesales lo que no se ha obtenido en el terreno democrático. El efecto que este fenómeno produce aumenta todavía más el descrédito por parte de la población principalmente cuando la extrema politización sirve para atender intereses partidistas e ideológicos, para perseguir oponentes políticos y produce decisiones muy discutibles.

En vista de lo expuesto se concluye que el papel del juez en el Estado Democrático se tornó aún más importante. Para desempeñar sus funciones con imparcialidad, los jueces disponen de principios y garantías previstas en la Constitución Federal, por ejemplo: ingreso a la carrera judicial por medio de un concurso público, publicidad de los actos judiciales, permanencia vitalicia en el cargo, inmovilidad, irreductibilidad del sueldo, prohibición del ejercicio de otra función y prohibición del ejercicio de actividad político partidistas.<sup>230</sup>

La coyuntura actual exige que las garantías constitucionales supra mencionadas sean complementadas con una formación más adecuada, humanística e interdisciplinar de los jueces. Es necesario intensificar y perfeccionar la formación de los magistrados en el sentido de promover un mayor conocimiento interdisciplinar sobre aspectos culturales, sociales y económicos que sirva para esclarecer la repercusión de sus propias acciones y el significado político del cuerpo profesional al cual pertenecen con la finalidad

---

<sup>229</sup> DAMIÁN, Juan. *Op. Cit.*, 2011, p. 96.

<sup>230</sup> Sobre la Constitución Federal de 1988 de Brasil, ver: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 12.01.2011.

de posibilitarles un cierto distanciamiento crítico y una actitud de prudente vigilancia personal en el ejercicio de sus funciones en una sociedad cada vez más compleja y dinámica.<sup>231</sup>

En resumen, la Constitución Federal de 1988 amplió el alcance del Poder Judicial pero no fue capaz de prepararlo para los nuevos desafíos y para la crisis del propio Estado Social, cuyas intervenciones en las áreas económicas y sociales generaron un déficit público considerable que también afectó el ámbito de la justicia. “De manera más amplia, es posible constatar que la crisis del Poder Judicial presenta factores comunes a la crisis del Estado Social que ha repercutido en los estados democráticos en las décadas de los 80 y 90. La separación de estas dos crisis solo atiende a fines didácticos; ambas son indivisibles, imbricadas y mutuamente influyentes.”<sup>232</sup>

Así, el Poder Judicial está en crisis porque el Estado Contemporáneo también está, sin embargo, otros factores contribuyeron para desencadenar estos problemas, principalmente los cambios sociales derivados de la formación de los grandes centros urbanos, lo que aumentó en cantidad y complejidad los conflictos. Otras manifestaciones de esta crisis incluyen factores de naturaleza procesal, estructural y organizacional.

En verdad, las causas de la crisis o de “las crisis” del Poder Judicial son múltiples y complejas. La consecuencia principal que evidencian es la inadecuación de este Poder para resolver de forma adecuada todas las demandas sociales en la actualidad. Esto ocurre porque la morosidad aniquila la justicia, no permite pacificar el conflicto, al contrario, lo instiga. El papel secundario destinado a las partes en la solución de los conflictos también

---

<sup>231</sup> SANTOS, Boaventura. *Pela mão de Alice - o social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. Porto: Afrontamento, 2006, p. 174.

<sup>232</sup> PACHECO, Regina Silva; NOGUEIRA, José Marcelo Maia. *A gestão do Poder Judiciário nos estudos de administração pública*. 2008, p. 7. Disponible en: <http://www.consad.org.br>. Acceso en: 20.02.2011. Traducción del texto original: De maneira mais ampla, é possível constatar que a assim caracterizada crise do Judiciário apresenta fatores comuns à crise do Estado social que pôde ser percebida em Estados democráticos nas décadas de 1980 e 90. De fato, a separação dessas duas crises só tem propósito didático; ambas as crises comportam-se como indivisíveis, imbricadas e mutuamente influentes.

impide una prestación jurisdiccional adecuada porque no educa, no incluye, no considera los aspectos emocionales de los problemas.

Desde la promulgación de la Constitución Federal de 1988 fueron implementados algunos cambios para resolver los problemas de la justicia en el país. Un cambio significativo ocurrió a través de la Enmienda Constitucional n. 45 de 2004, cuya misión primordial era volver la prestación jurisdiccional del Estado más rápida, transparente y eficaz. Fue instituido el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), órgano competente para controlar la actuación administrativa y financiera del Poder Judicial y fiscalizar la actividad de los jueces. Este órgano ha desempeñado un papel fundamental para promover una mayor eficacia de la justicia en Brasil.<sup>233</sup>

El Consejo Nacional de Justicia creó en 2004 una estadística nacional sobre los datos globales referentes al Poder Judicial.<sup>234</sup> El informe “Justicia en Números” presenta indicadores que permiten determinar el perfil del Poder Judicial como un todo, y, por su amplio volumen de informaciones, proporciona la construcción de métricas que evalúan los tribunales no solamente en el tema de litigio, sino también en las materias financieras y presupuestarias, además de relacionar estos datos con el perfil de cada región jurisdiccional, con base en informaciones sobre su población y economía. Estas distinciones son fundamentales en un país como Brasil, que tiene una extensión territorial gigantesca y su administración de justicia es compuesta por numerosos órganos.

Los datos presentados en la secuencia fueron publicados en el informe “Justicia en Números” que analiza las estadísticas de 2010. A partir de estos datos es posible construir un análisis crítico sobre la situación actual de la administración de la justicia brasileña.

---

<sup>233</sup> VIEIRA, L. J. M.; PINHEIRO, I. A. *Contribuições do Conselho Nacional de Justiça para a gestão do Poder Judiciário*. En: ANPAD. Rio de Janeiro, 2008.

<sup>234</sup> El Consejo Nacional de Justicia presenta el resumen del informe anual en castellano. Disponible en: <http://www.cnj.jus.br>. Acceso en: 05.09.2011

En primer lugar, es importante señalar que para comprender la realidad de la justicia en Brasil es imprescindible saber que los órganos judiciales brasileños son clasificados en cuanto al número de jueces (órganos singulares y Tribunales), en cuanto a la materia (órganos de justicia común u ordinaria y de justicia especial: electoral, laboral y militar) y desde el punto de vista federativo, la justicia común se divide en órganos estatales y federales.<sup>235</sup>

El informe “Justicia en Números” recién divulgado informó que durante el año de 2010 ingresaron 24,2 millones de procesos en las tres esferas de la Justicia (17,7 millones en la Justicia Estatal, 3,2 millones en la Justicia Federal y 3,3 millones en la Justicia del Trabajo). Ocurre que había en el mismo período 59,2 millones de procesos pendientes. De esa manera, tramitaron en 2010, en las tres ramas de la Justicia antes mencionadas, alrededor de 83,4 millones de procesos, cuantitativo que equivale a la suma de los casos nuevos y de los procesos pendientes. Del total de procesos en tramitación más del 71% ingresaron antes de 2010, en otras palabras, ya estaban pendientes desde el inicio del año.

Los datos indican que el Poder Judicial de un modo general está colapsado. La tasa de congestión, calculada en el informe “Justicia en Números” desde su primera edición, pretende medir si el Judicial ofrece una respuesta rápida a las demandas de la sociedad. En 2010 la tasa de congestión en la fase de conocimiento fue del 58%, es decir, de cada cien procesos que tramitaban en 2010 aproximadamente 58 no tuvieron su baja (y envío para la fase de ejecución) alcanzada. Los porcentajes más altos se verificaron en la Justicia Estatal y en la Justicia Federal (60% y 58%, respectivamente). En la fase de ejecución, a su vez, la tasa de congestión promedio fue del 84%, es decir, de cada cien procesos que tramitaban en 2010 aproximadamente 84 no tuvieron su baja definitiva alcanzada. Los porcentajes más elevados se verificaron una vez más en la Justicia Estatal y Federal (86% y 85%, respectivamente).

---

<sup>235</sup> Sobre la estructura del Poder Judicial en Brasil, ver: <http://www.brasil.gov.br>. Acceso en: 18/01/2011.

Una de las principales razones que contribuyen a la morosidad es el número reducido de jueces y funcionarios. La 1ª instancia de la justicia brasileña en las tres esferas investigadas recibió en 2010 para cada magistrado en actuación aproximadamente 1.290 casos nuevos. Ya el índice de servidores actuantes en el área judicial por magistrado fue igual a 11, es decir, había en 2010, en promedio, 11 servidores del área judicial para cada magistrado de 1ª instancia.

La cantidad de magistrados en 2010 totalizó 16.804. Hubo un crecimiento del 3% en relación al año anterior. Cuando se relaciona este contingente con la población brasileña, se calcula el número de magistrados por cien mil habitantes que, en 2010, llegó al 8,70 y superó la marca de 2009, que había contabilizado 8,50 magistrados para cada cien mil habitantes. Este incremento todavía es insignificante principalmente porque existe una concentración de jueces en los grandes centros urbanos situados en las regiones sur y sudeste del país. Las regiones norte y nordeste sufren aún más con la gran demanda que existe para cada juez.

La carga de trabajo es el indicador utilizado para medir la cantidad de procesos que los magistrados tienen para juzgar por año. En 2010 cada magistrado de la 1ª instancia tuvo 5.423 procesos pendientes de juicio. En comparación con 2009, la carga de trabajo en 1º Grado disminuyó el 3,6%. La disminución de este número puede haber sido ocasionada por distintas razones: el incremento del número de jueces aunque haya sido muy pequeño; la disminución del número de procesos en comparación con 2009; la utilización de mecanismos complementarios de solución de conflictos;<sup>236</sup> entre otros. No obstante esa reducción, es humanamente imposible que los jueces consigan juzgar ese número exacerbado de procesos en un año.

---

<sup>236</sup> Sobre este tema merece un análisis especial la realización de la semana nacional de conciliación, estructurada por el Consejo Nacional de Justicia, cuyos resultados de 2010 fueron fenomenales: 4.814.301,33 acuerdos logrados. Este evento funciona de la siguiente manera: las personas que quieren ingresar con un proceso judicial o que ya tienen un proceso tramitando realizan su inscripción para el evento en el *site* del respectivo Tribunal de Justicia que organizará una pauta de audiencias a lo largo de las dos semanas del evento. Todos los servidores de la justicia y los estudiantes de Derecho que quieran actuar como conciliadores participan de una formación básica en técnicas de conciliación. Sobre los resultados de la edición de 2010 ver: <http://www.tjsp.jus.br>. Acceso en: 05/09/2011.

El indicador de toma de decisiones terminativas de procesos por magistrado apunta a la productividad de los jueces, es decir, el total de sentencias que fueran proferidas en determinado período. En el 1º Grado y Juzgados Especiales cada magistrado brasileño sentenció, en promedio, 1.281 procesos. Hubo una disminución del 10% en relación al año de 2009.

En 2010 ingresaran en el 2º Grado de jurisdicción aproximadamente 2,9 millones de procesos (Estatad, Federal y del Trabajo). En el mismo año se encontraban pendientes 2,6 millones de procesos. Había por tanto 5,4 millones de procesos en tramitación en la 2ª instancia. Lo que totalizaba, en promedio, 1.267 casos nuevos para cada magistrado en actuación en el 2º Grado del Poder Judicial. La carga total de trabajo, que contabiliza los nuevos y los pendientes, indica que en 2010 cada magistrado en el 2º Grado tuvo 2.819 procesos pendientes de juicio, en promedio. El índice de servidores actuantes en el área judicial por magistrado en el 2º Grado fue igual a 13. La tasa de congestión en el 2º Grado de la Justicia fue del 50% (indicando que la mitad de los procesos que tramitaban se acumularon para el siguiente año). En este año cada magistrado actuante en esa instancia decidió, en promedio, 1.312 procesos.

Esta publicación también aportó informaciones importantes sobre los procesos criminales. En 2010, ingresaron en la Justicia Estatal y Federal 2,6 millones de casos nuevos criminales de conocimiento en el 1º Grado y Juzgados Especiales, que representan el 17% del total de casos nuevos de conocimiento (1ª instancia) en esas ramas de la Justicia. También se iniciaron 281 mil ejecuciones criminales en la Justicia Estatal y más de seis mil en la Justicia Federal, totalizando más de doscientos ochenta y siete mil nuevas ejecuciones criminales.

En resumen, la tasa de congestión global de la Justicia brasileña en 2010 fue del 70%, lo que indica que el Poder Judicial de un modo general está colapsado. Numerosos factores contribuyen a esta grave crisis y exigen un desafío de toda la sociedad y, en especial, de toda la comunidad científica para la planificación de políticas judiciales con vista al continuo perfeccionamiento

de la administración de justicia en el País. La justicia debe ser tratada de forma global, con estrategias interdisciplinarias, sistematizadas y coherentes. La planificación no puede ser inmediata, en verdad, exigen metas a largo plazo.

### **2.1.1 Normas procesales**

Uno de los principales aspectos que contribuyen a la crisis del Poder Judicial está relacionado con las normas procesales de Brasil, que son complejas, burocráticas y permiten a las partes numerosos recursos, muchas veces utilizados exclusivamente para postergar el procedimiento judicial, que es excesivamente formal, técnico, distante de la realidad de la mayor parte de la población del país que ni siquiera comprende sus trámites.

Hasta la mitad del siglo XIX las normas procesales eran consideradas en Brasil un simple instrumento para el ejercicio de los derechos; una herramienta con la exclusiva función de hacer efectivos los derechos materiales. El Derecho Procesal no era considerado una rama autónoma y consistía en el conjunto de reglas y elementos para la tramitación de una acción judicial que se caracterizaba por la participación poco creativa del juez.

Este periodo, conocido como sincretismo, prevaleció hasta cuando se comenzó a especular sobre la naturaleza jurídica de la acción. La acción es un instituto del Derecho Procesal y no material que está íntimamente conectada a la prestación jurisdiccional del Estado. La noción de autonomía de la acción generó la noción de autonomía del Derecho Procesal. Esta fase promovió las grandes construcciones científicas de esta rama del Derecho que le confirieron independencia.

A partir de la Constitución Federal de 1988, conocida como Constitución social y ciudadana, la simple autonomía del Derecho Procesal dejó de ser suficiente. Candido Dinamarco,<sup>237</sup> importante jurista brasileño,

---

<sup>237</sup> DINAMARCO, Cândido. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

defiende la instrumentalidad de las normas procesales a través de una concepción integrada de sus aspectos jurídicos, políticos y sociales. En ese sentido, no importan sólo los aspectos formales y legales de las normas procesales para hacer efectivo el derecho material, en otras palabras, estas normas dejan de ser un fin en sí mismas y pasan a tener un carácter ético pues deben estar comprometidas con la finalidad de asegurar los fundamentos y objetivos preconizados en la Constitución.

A partir de la visión instrumentalista las normas procesales dejan de ser un mero conjunto de normas técnicas y pasan ser instrumento esencial al servicio del Estado y de la sociedad para lograr justicia y paz social. Legisladores y jueces pasan a tener la siguiente preocupación: ¿El proceso alcanzó su finalidad? ¿Los ciudadanos están satisfechos? Así, el foco principal cambia de los productores y administradores del proceso judicial para ser dirigido a los consumidores de la norma, los ciudadanos.

Las concepciones jurídica, política y social de la norma procesal son, o deberían ser, indisociables. Cuando se miran de esa manera son potencializadas las posibilidades de efectividad de los bienes mayores del proceso: la justicia y la paz social. Por consiguiente, la división entre estas concepciones atiende a fines meramente didácticos.

La concepción jurídica corresponde a la técnica procesal, al conjunto de normas que conectan la relación jurídica entre las partes y entre estas y el juez. Es fuertemente influenciada por los principios constitucionales relacionados con la garantía de un proceso justo y equilibrado: amplia defensa, contradicción, igualdad, producción de pruebas lícitas, publicidad, celeridad procesal y otros. En la práctica, es difícil promover la efectividad de estos principios en la realidad brasileña porque las desigualdades económicas y culturales generan una desigualdad entre las partes y el más débil no tiene igualdades de hecho en comparación con el polo más fuerte de la relación jurídica. Por tanto, la concepción jurídica no puede ser contemplada aisladamente, es indispensable vincularla a las concepciones políticas y sociales del proceso.



Desde el punto de vista político, Dinamarco argumenta que las normas procesales tienen tres aspectos. Primero, afirmar la capacidad estatal de decidir imperativamente (poder), sin la cual el propio Estado no se sustentaría y no habría necesidad de construir un ordenamiento jurídico. Segundo, concretizar el culto al valor libertad, sopesando la relación entre el poder y la libertad de los individuos que es necesaria a la consecución de un Estado verdaderamente democrático. Tercero, asegurar la participación de los ciudadanos por si mismos o a través de sus asociaciones, ya que la participación también es un valor democrático inalienable. De este modo se construye un Derecho Procesal que representa las aspiraciones individuales a la satisfacción de sus intereses y contribuye a la realización de los objetivos políticos que están por detrás de la propia ley.<sup>238</sup>

Por fin, la función social de las normas procesales consiste en una de las más importantes si consideramos la realidad social de Brasil, fuertemente caracterizada por la concentración de poder y riquezas que genera desigualdad económica y cultural entre los individuos. Las normas procesales deben permanecer atentas a estas discrepancias para concretizar dos finalidades primordiales: pacificar con justicia y educar para la vida en sociedad.

Las funciones legislativa y jurisdiccional del Estado tienen como finalidad común la paz social. Promover la paz social en un proceso judicial no significa simplemente tener una sentencia firme, sino que esta sentencia esté conectada con el sentimiento de justicia de las partes, o sea, el objetivo primordial es eliminar conflictos mediante criterios justos. Para eso, las normas procesales precisan adecuarse a las peculiaridades de cada tipo de conflicto. Las controversias se diferencian unas de las otras en diversos aspectos y cambian de complejidad de acuerdo con la intensidad de la relación existente entre los interesados. Cuando existe una relación continuada probablemente

---

<sup>238</sup> DINAMARCO, *Op. Cit.* 2009, p. 198-207.

este conflicto estará permeado de fuertes emociones que exigen un tratamiento diferenciado.

También es necesario vencer la morosidad porque ella compromete la capacidad de pacificar con justicia. Aunque una persona gane una causa, ella no se siente completamente satisfecha si esta solución tardó muchos años. Un conflicto que se inicia hoy y no es resuelto en tiempo hábil, con el pasar del tiempo, él no representa más el mismo conflicto. Es importante subrayar también que en muchos casos la solución simplemente jurídica no es capaz de satisfacer a las partes.

Muchas veces la satisfacción de las partes a la hora de resolver un conflicto viene dada, más que por la propia solución jurídica del asunto, por cuestiones de índole personal como la ausencia de un sentimiento de derrota, o el engreimiento en la victoria por haber obtenido una solución contraria o favorable a sus intereses; o por la constatación del arrepentimiento de la otra parte, el acercamiento y el mantenimiento de las relaciones personales, familiares o de amistad o profesión; el hecho de sentir el asunto como propio, singular y único y no ser uno más en la impartición mecánica de justicia, etc.<sup>239</sup>

Las normas procesales desde el punto de vista social también son fundamentales para construir una población más educada en el sentido de ser consciente de sus derechos y deberes. Educar representa desmitificar el Poder Judicial y aproximarlos a las personas y a las comunidades de que forman parte. Eso tiene una repercusión todavía mayor para las personas de baja renta que suelen temer la estructura formal y elitista de la administración de la justicia y de sus respectivos órganos. La educación en este sentido tiene el gran desafío de conquistar la confianza de los ciudadanos. Cuando esta confianza no existe ocurren dos consecuencias inevitables: los transgresores no temen el poder jurisdiccional del estado y confían en la impunidad y los perjudicados no confían en la justicia.<sup>240</sup>

---

<sup>239</sup> MARTÍN DIZ, Fernando. *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*. Madrid: Lerko Print, 2010, p. 36-37.

<sup>240</sup> Sobre la confianza de las personas en el Poder Judicial, ver la investigación realizada por la Fundación Getulio Vargas la que constató en 2010 el alto índice de personas que no confían en este Poder, principalmente las personas con bajo nivel de escolaridad, baja renta y personas negras, pardas y mestizas, ver: <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acceso en: 30/03/2011.

La comprensión instrumental de las normas procesales exige la noción integradora entre las concepciones jurídica, política y social del mismo. No significa decir que las normas procesales deben alejarse de su finalidad principal que es determinar normas técnicas para el desarrollo del proceso judicial. La preocupación consiste en añadir al proceso la problemática de su efectividad y su capacidad para cumplir integralmente su función socio-política-jurídica. La técnica, analizada aisladamente, es ideológicamente neutra, pero la técnica procesal ha de ser construida de acuerdo con los objetivos a ser logrados.”<sup>241</sup>

Las normas procesales son fundamentales para la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria en el ámbito del Estado Democrático. Por tanto, no pueden ser contempladas como un fin en sí mismas pues sólo su concepción jurídica es insuficiente para satisfacer la justicia en la modernidad. Para eso es imprescindible investigar su verdadera esencia y finalidades a través de sus funciones políticas y sociales.

En relación con lo expuesto se concluye que la norma procesal debe cumplir numerosas condiciones: promover un mayor acceso a la justicia, satisfacer las pretensiones de las partes, ser rápida para que no resulte en injusticia o arbitrariedad, y estar conectada con los fundamentos y objetivos del Estado Democrático de Derecho.

Algunos cambios legislativos fueron implementados para optimizar el procedimiento judicial de un modo general y lograr su visión instrumental en Brasil. Analizaré las principales reformas en este sentido que han representado un considerable avance para lograr una administración de la justicia eficaz y disminuir la tasa de congestión arriba mencionada.

Un buen ejemplo fue la publicación de la ley 9.099 de 26 de septiembre de 1995 que creó los Juzgados Especiales Civiles y Criminales para resolver los conflictos cuyo valor sea inferior a cuarenta salarios

---

<sup>241</sup> DINAMARCO, *Op. Cit.* 2009, p. 375.

mínimos.<sup>242</sup> Estos Juzgados deberían ser pautados por los principios de la celeridad, oralidad, simplicidad, informalidad y economía procesal, con un número reducido de recursos. Sin embargo, en la práctica, están completamente atascados, en situación semejante a la justicia común. De acuerdo con el informe “Justicia en Números” existen 6.159.785 casos pendientes de sentencia en los Juzgados Especiales.<sup>243</sup> Ese exceso de demandas tiene diversas causas: la posibilidad de ingresar con una acción judicial sin abogado; la facilidad de obtener el diferimiento del beneficio de asistencia jurídica gratuita; la consolidación del Código de Defesa del Consumidor y otros.

Otra importante conquista legislativa fue la Ley de Arbitraje n. 9307 de 23 de septiembre de 1996 que introdujo el arbitraje en el escenario nacional con la finalidad<sup>244</sup> de contemplar la población con un instrumento más adecuado para la solución de los conflictos sobre derechos patrimoniales disponibles a través de un procedimiento diferenciado, con amplia autonomía de las partes que pueden elegir el juez arbitral y las normas que serán utilizadas en el enjuiciamiento. La Ley de Arbitraje entró en vigor sin que hubiese una divulgación en los diversos sectores de la sociedad sobre sus propósitos y beneficios. Se puede decir que el arbitraje comenzó a ser verdaderamente utilizado en el país en los últimos años, a partir del momento que las Facultades introdujeron esta técnica en la matriz curricular de los Cursos de Derecho; los abogados pasaron a conocer mejor su funcionamiento y las empresas se dieron cuenta de sus ventajas.

También es importante resaltar la ley nº 11.419, de 19 de diciembre de 2006 que dispone sobre la informatización del proceso judicial.<sup>245</sup> Este es un paso fundamental para la modernización de la justicia y combate a la morosidad. El informe Justicia en Números 2009 analizó, por primera vez, la

---

<sup>242</sup> Desde 01 de marzo de 2011 el salario mínimo en Brasil es R\$ 545,00 Reales, lo que corresponde en octubre de 2011 a 225 Euros aproximadamente. <http://www.salariominimo.net>. Acceso en: 17/10/2011.

<sup>243</sup> Para informaciones más detalladas ver: <http://www.cnj.jus.br>. Acceso en: 06.09.2011.

<sup>244</sup> Sobre la ley de arbitraje: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 12/03/2011.

<sup>245</sup> Sobre la ley 11.419, de 19 de diciembre de 2006: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 15.03.2011.

tasa de los procesos electrónicos, con el fin de investigar el nivel de informatización de la justicia brasileña y la adopción sistemática de procedimientos tecnológicos nuevos. La conclusión es que el sistema informatizado todavía no es una realidad en el país, principalmente en la justicia laboral. Esta realidad fue corroborada por el informe de 2010.

Recientemente entró en vigor el nuevo Código de Procedimiento Penal Brasileño, Ley n. 12.403, de 4 de mayo de 2011, que tiene como objetivo hacer la tutela jurisdiccional del Estado en este ámbito más efectiva. La norma anterior había sido publicada en 1941, en la vigencia del régimen de Getulio Vargas. Por eso, necesitaba de reformas urgentes principalmente para adecuarse a la Constitución Federal de 1988. El cambio principal se refiere a la previsión de numerosas medidas cautelares a disposición del juez para resguardar la efectiva satisfacción del derecho del que ha iniciado la acción judicial.<sup>246</sup>

Sin embargo, la reforma legislativa más importante para optimizar el proceso judicial en Brasil es la reforma del Código de Procedimiento Civil,<sup>247</sup> que está en trámite en el Congreso Nacional, cuya finalidad primordial es establecer un procedimiento más simple, menos moroso. La nueva propuesta contiene 970 artículos y enfatiza, entre otras cosas, la relevancia de la autonomía de la voluntad de las partes, incentivando el uso de los mecanismos complementarios de solución de conflictos. También defiende la colectivización de las acciones judiciales, lo que es fundamental en el escenario brasileño porque los individuos considerados colectivamente tienen teóricamente más poder que considerados individualmente. Esta colectivización también puede contribuir a disminuir la morosidad y uniformizar las decisiones que versan sobre el mismo derecho.

La morosidad con que los casos son resueltos es un problema serio. Los daños repercuten en la sociedad y afectan la salud de la población

---

<sup>246</sup> Sobre el nuevo Código de Procedimiento Penal: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 20.05.2011

<sup>247</sup> Sobre la reforma del Código de Procedimiento Civil ver: <http://www.senado.gov.br>. Acceso en: 22.05.2011.

causando ansiedad, depresión, inseguridad. Estas reformas legislativas constituyen el primer paso para disminuir el problema de la morosidad de la justicia en Brasil, pero la discusión va más allá de reformas aisladas de las normas procesales. La reforma de la justicia ha de hacerse globalmente desde las estructuras actuales, valiéndose de todos los medios legales, materiales y personales que están a disposición.

Las coyunturas social, económica y política del país cambiaron sensiblemente a lo largo de los últimos veinte años. Estos cambios exigen una remodelación general en la estructura arcaica de la administración de justicia, que remonta la era napoleónica, para que el Estado cumpla de forma adecuada su función jurisdiccional. La finalidad debe ser construir un modelo moderno e integrador para contemplar las necesidades sociales y al mismo tiempo ser compatible con los recursos económicos y materiales disponibles. Los desafíos futuros son grandes y exigen medidas políticas, legislativas, económicas, sociales, en otras palabras, exigen el esfuerzo conjunto de múltiples actores sociales.

En consecuencia, la administración de justicia debe ser estructurada a partir de una concepción interdisciplinar. “La justicia es una materia demasiadamente extensa y compleja para ser abordada sólo en la ciencia del Derecho.”<sup>248</sup> Asimismo, técnicas de otras ramas científicas (psicología, sociología, filosofía, administración y otros) son esenciales para lograr un sistema jurídico más completo y satisfactorio.

En síntesis, se puede decir que la crisis del Poder Judicial deriva de una crisis mayor, la crisis del Estado Contemporáneo, aliada a la crisis del Derecho y de las normas procesales. La morosidad de la prestación jurisdiccional, el formalismo exacerbado oriundo del positivismo jurídico y el papel secundario destinado a las partes, son verdades que tornan latente la

---

<sup>248</sup> BACELLAR, Roberto. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. En: CASELLA, Paulo y otros (Coord.). *Mediação de Conflitos- Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 87.

necesidad de buscar alternativas para adecuar la administración de justicia de Brasil a la nueva estructura social que se delinea en este país.

Para transformar la cultura jurídica y de sus instituciones es imprescindible que la administración de justicia esté conectada con las aspiraciones de los nuevos sujetos sociales y comprometida con valores más democráticos, emancipadores y participativos, minimizando, de este modo, los trazos característicos de la justicia instituida en Brasil durante el periodo colonial, que todavía sobreviven. Se trata de una perspectiva importante para recuperar la confianza perdida a lo largo de las décadas por parte de la población.<sup>249</sup>

Las deficiencias del sistema jurídico vigente, aliada a la nueva cultura participativa que crece en la sociedad, están incentivando la búsqueda por alternativas viables de justicia, principalmente a través de los mecanismos complementarios de solución de conflictos. Es importante advertir que

(...) el hecho de incentivar la utilización de estos mecanismos no implica que las iniciativas destinadas a fomentar los métodos clásicos de justicia también sean defendidas. Se ha de encontrar una complementariedad y una armonía entre las mismas. De ahí que se presuma la buena acogida de esta iniciativa dirigida a garantizar un mejor acceso a la justicia para todos los ciudadanos en los más diversos ámbitos donde los MASC proporcionen una mejor eficacia. Entendiendo por justicia en su acepción primera. Es decir, la de la Justicia “a secas”, sin diferenciar la forma judicial o extrajudicial de acceder a ella.”<sup>250</sup>

---

<sup>249</sup> El Sistema de Indicadores de Percepción Social (SIPS) divulgó en 2010 resultados de la investigación sobre la satisfacción de los ciudadanos con la justicia brasileña, expresada a través de una nota atribuida por los entrevistados que podría variar de cero a diez. La media de las respuestas totalizó el índice 4,55, abajo, por tanto, del punto medio de la escala adoptada. Esta investigación también abordó los siguientes aspectos: la rapidez, la facilidad de acceso, la capacidad de producir decisiones justas, el costo financiero para que los ciudadanos puedan defender sus derechos y la imparcialidad de sus miembros. Para cada aspecto, los entrevistados deberían atribuir los conceptos muy mal (0), mal (1), regular (2), bueno (3), muy bueno (4). Los resultados logrados fueron: Rapidez: 1,18. Facilidad en el acceso: 1,4. Decisiones justas: 1,60. 8. El costo financiero para que los ciudadanos puedan defender sus derechos: 1,45. Imparcialidad: 1,18. Así, de un modo general, la población del país no está satisfecha con la administración de la justicia. Para mayores informaciones, ver: <http://www.ipea.gov.br>. Acceso en: 17.04.2011.

<sup>250</sup> QUIROGA, Marta. Métodos alternos: Una justicia más progresista y universalizada. En: QUIROGA, Marta y otros (Editores/Directores); SÁNCHEZ, Arnulfo. *Métodos Alternos de Solución de Conflictos: Herramientas de paz y modernización de la justicia*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 44.

En ese mismo sentido, Alberto Saiz explica que “es posible que la clave para el futuro venga representada por el punto de equilibrio entre la implementación de los métodos alternativos que complementen adecuadamente la administración de justicia y la mejora generalizada de ésta, de tal manera que permita al ciudadano percibir que sus conflictos son resueltos de forma ágil, rápida, imparcial y eficaz.”<sup>251</sup>

La administración de justicia de Brasil está dando sus primeros pasos para incentivar este proceso y modernizar sus instituciones a partir del reconocimiento de la importancia del pluralismo jurídico que posibilita un mayor y más adecuado acceso a la justicia.

## **2.2 Acceso a la justicia**

La justicia es uno de los temas más intrincados para filósofos, teólogos, sociólogos, antropólogos, juristas, políticos, psicólogos y otros. A lo largo de la historia de la humanidad la noción de justicia ha incorporado diversos sentidos, constituyendo conceptos plurívocos y mutables. Asimismo, es innegable que cada ser humano concibe su propio sentido de justicia de acuerdo con sus parámetros y convicciones, las cuales son influenciadas por sus experiencias de vida y por sus emociones.

Históricamente, el Estado ha desempeñado de forma casi exclusiva la función de hacer efectiva la justicia a través de la jurisdicción, potestad que deriva de su soberanía que le garantiza aplicar el Derecho en los casos concretos para resolver de modo definitivo e irrevocable los conflictos interpersonales y sociales.

---

<sup>251</sup> SAIZ, Alberto. Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos. En: SOLETO, Helena (Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos, 2011, p.84.



La Carta Magna de 1988 determina que el acceso a la justicia es un derecho fundamental de todos los ciudadanos brasileños que obtendrán la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, sin que ningún caso pueda producirse indefensión. En este sentido, cabe cuestionar: ¿El acceso a la justicia se restringe a la actuación del Poder Judicial?

Entendemos que en la actualidad la dimensión del derecho social de acceso a la justicia presenta una amplitud mayor que el acceso formal al Poder Judicial. Maronini resalta que:

(...) acceso a la justicia quiere decir acceso a un proceso justo, la garantía de acceso a una justicia imparcial, que no sólo posibilite la participación efectiva y adecuada de las partes en el proceso judicial, sino que también permita la efectividad de la tutela de los derechos, considerando las diferentes posiciones sociales y las específicas situaciones del derecho substancial. Acceso a la justicia significa acceso a la manifestación y la orientación jurídicas y a todos los medios alternativos de composición de conflictos.<sup>252</sup>

El estudio de Mauro Capelletti y Bryant Garth establece una división entre el acceso a la justicia formal y material.<sup>253</sup> El acceso formal debe ser comprendido como posibilidad concreta de accionar el Poder Judicial. El

---

<sup>252</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 2.

Traducción del texto original: (...) acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações do direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à manifestação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos.

<sup>253</sup> CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

Estos autores coordinaron en Florencia, en Italia, un gran proyecto de investigación sobre el acceso a la justicia a finales de los setenta. Ellos propusieron dos caminos distintos: el primero identificaba el acceso a la justicia y la justicia con igualdad de acceso al sistema judicial con la representación por un abogado en juicio; el segundo, más amplio, vislumbraba el acceso a la justicia como garantía de efectividad de los derechos fundamentales individuales y colectivos. Ellos sistematizaron el conjunto de acciones implementadas por los Estados para superar los obstáculos de acceso a la justicia en tres fases distintas:

- 1- *Fase: Asistencia Jurídica gratuita para los pobres*. En gran parte del mundo fueron implementadas medidas para ofrecer el acceso a la justicia para los menos favorecidos a través de asistencia jurídica gratuita.
- 2- *Fase: Representación y protección de los derechos difusos*. En esta fase el objetivo consistió en expandir la tutela jurisdiccional a los derechos difusos y colectivos por medio de diferentes acciones: acción civil pública, acción popular, mandado de seguridad colectivo y otros.
- 3- *Fase: Un nuevo enfoque del acceso a la justicia*. Relacionase con el empleo de técnicas procesales diferenciadas para simplificar los procedimientos y crear vías alternativas de solución de controversias.

acceso material, a su vez, corresponde a la solución justa del problema, que puede ser alcanzada sin la tutela jurisdiccional del Estado, mediante el acuerdo de voluntad de las partes. De esta suerte, el acceso a la justicia abarca las dos acepciones y corresponde a un orden jurídico justo.

De acuerdo con el breve panorama de la administración de la justicia en Brasil, expuesto anteriormente, el Poder Judicial del país enfrenta una grave crisis, cuyas consecuencias afectan el acceso a la justicia formal. Esta investigación tiene como premisa la perspectiva socio-jurídica que mira más allá de la consagración formal del derecho de acceso a la Justicia hacia las barreras que dificultan la verdadera concretización de los derechos de los individuos. Es importante destacar que las barreras aquí mencionadas no afectan por igual a todos los brasileños. Algunas de hecho están vinculadas con las desigualdades socioeconómicas y otras son inherentes a la propia estructura y funcionamiento de su sistema jurídico.

La morosidad del Poder Judicial, sea por dificultades institucionales relacionadas a la mala administración, falta de modernización tecnológica o carencia de recursos y de personal, sea en razón de la complejidad del sistema procesal brasileño que permite la interposición de diversos recursos, provoca un desestímulo para que las personas, principalmente las más pobres, luchen por sus derechos, pues no acreditan que lograrán una solución justa.

La situación de miseria que vive gran parte de la población genera un déficit de educación considerable. La falta de conocimiento sobre la protección y sobre las formas de hacer efectivos sus derechos constituye un obstáculo al acceso a la justicia formal. La carencia de información no favorece la capacidad de organización y movilización de estas personas que permanecen desamparadas. Cuanto más bajo es el nivel social de los ciudadanos, más distantes estarán del acceso a la justicia y esta distancia tiene como causas no sólo los factores económicos, sino también factores sociales y

culturales, aunque unos y otros puedan estar remotamente relacionados con desigualdades económicas.<sup>254</sup>

La sociedad estratificada en clases sociales ha sido un problema social en Brasil desde su colonización y genera niveles preocupantes de desigualdad y pobreza que son frutos de la mala distribución de la renta. El Instituto de Investigaciones Económicas Aplicadas ha constatado que los índices de desigualdad y de la tasa de pobreza en Brasil han disminuido a pesar de la crisis que asola el mundo en la actualidad. Sin embargo, esta disminución todavía es muy pequeña para superar largos años de dominación de la elite en el país.<sup>255</sup> El modelo capitalista vigente agrava esta situación en la medida en que no presenta como reto la distribución de riquezas de modo equitativo. Con eso gran parte de la población vive al margen de la sociedad sin garantías de una vida digna.

La educación debería ser la base para la resolución de este y de otros problemas. Durante la mayor parte de la historia de Brasil la educación ha sido deficiente. La situación ha mejorado en los últimos años pero, infelizmente, todavía prevalece la desconfianza de que mantener la ignorancia parece ser uno de los retos de los detentadores del poder porque así pueden manipular la masa de un modo más fácil. Recientemente, el supra mencionado Instituto divulgó un estudio sobre la percepción de los brasileños sobre la educación en las escuelas públicas. Estos índices y otros comprueban que el país todavía ocupa una posición muy inferior en comparación con otros países más desarrollados en el tema de educación de calidad.<sup>256</sup>

A menudo las personas que no tienen una educación de calidad se sienten intimidadas por el exceso de formalismo existente en el proceso judicial. La propia estructura física de los tribunales asusta porque se presenta

---

<sup>254</sup> BEZERRA, Paulo Cesar. *Acesso à Justiça: Um problema ético-social no plano da realização do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 148.

<sup>255</sup> Para mayores informaciones ver el detallado estudio del “*Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada- IPEA*” que analiza la disminución de la pobreza y de las desigualdades sociales en Brasil en el período de 1995-2009. Disponible en: <http://www.ipea.gov.br>. Acceso en: 19.04.2011.

<sup>256</sup> Para mayores detalles ver: <http://www.todospelaeducacao.org.br>. Acceso en: 23.04.2011.

muy distante de su realidad cotidiana que se consume en una vida simple, sin lujo. El lenguaje utilizado en el procedimiento judicial y en las audiencias también contribuye a fomentar este sentimiento de intimidación.

Alejar la pobreza y la incapacidad que muchos individuos presentan de utilizar plenamente la justicia debe ser una preocupación constante del Estado y de la administración de justicia. Para eso es importante reflexionar también sobre los aspectos financieros del proceso judicial que generan altos valores cobrados para financiar las costas procesales y honorarios de los abogados.

En Brasil fueron implementadas algunas medidas para garantizar la asistencia jurídica gratuita para estas personas pero las desventajas de acceder a la justicia en virtud de la falta de condiciones económicas todavía es una realidad en el país. La Constitución Federal de 1988 estableció la asistencia jurídica gratuita para los que comprueben la insuficiencia de recurso y creó la “*defensoría pública*” para asumir estas demandas. El número de “*defensores públicos*” es muy reducido y el volumen de trabajo es tan grande que muchas veces inviabiliza la protección de los derechos de los más pobres que tienen que enfrentar colas gigantescas para ser atendidos.

La propia morosidad es devastadora en este sentido porque aumenta los costos para las partes y presiona los más débiles a desistir de sus demandas o aceptar acuerdos abusivos, con valores muy inferiores a su real derecho. “La morosidad afecta mucho más a aquellos que poseen menos recursos. La lentitud procesal puede ser convertida en costo económico adicional y este es proporcionalmente más gravoso para los pobres.”<sup>257</sup>

Una propuesta viable para incrementar el acceso a la justicia en Brasil y vencer los obstáculos aquí mencionados es a través del empoderamiento y del reconocimiento de las personas y de las comunidades

---

<sup>257</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. Cit.*, 2000, p. 35.

Traducción del texto original: A morosidade do processo atinge muito mais de perto aqueles que possuem menos recursos. A lentidão processual pode ser convertida num custo econômico adicional e este é proporcionalmente mais gravoso para os pobres.

como sujetos autónomos que pueden resolver por sí mismas sus conflictos, o sea, a través de una perspectiva democrática y participativa. El reto debe ser formar una cultura autocompositiva en el sentido de equilibrar la búsqueda por la justicia formal sólo en los casos que verdaderamente exigen la intervención del Estado.

Boaventura de Sousa Santos publicó en 2007 una obra intitulada: “*Para una revolución democrática de la justicia*” en la que analiza la necesidad de una revolución democrática del derecho y de la justicia en Brasil. Nos invita a pensar sobre tal revolución como una exigencia de un tiempo marcado no sólo por el creciente protagonismo social y político del actual sistema judicial, como también por una colectividad de ciudadanos, en especial las clases populares, cada vez más conscientes de las desigualdades y violaciones de derechos fundamentales de que son víctimas.<sup>258</sup>

Para eso son necesarias transformaciones en la cultura jurídica que comprendan: una nueva formación de los operadores del Derecho; profundas reformas procesales; un Poder Judicial más próximo de los movimientos y organizaciones sociales; el incentivo a nuevos mecanismos que confieran protagonismo a las personas en el acceso a la justicia; y la introducción de una cultura jurídica verdaderamente democrática. El primer paso es reconocer que los dilemas de legitimidad y eficacia vividos por la administración de justicia y las agudas crisis institucionales que sufre el Judicial imponen la necesaria democratización y descentralización de la justicia. El grado de consciencia de la crisis del aparato convencional de la jurisdicción estatal y la urgencia por nuevas formas participativas de resolución de conflictos inciden en una toma de posición jus-filosófica, comprometida con la realidad social y con estrategias político-ideológicas que resultan en amplios y profundos cambios.<sup>259</sup> Según lo dicho, el pluralismo jurídico constituye una buena opción para hacer efectivo el acceso a la justicia a partir del reconocimiento de otras fuentes de justicia distintas del Estado.

---

<sup>258</sup> SANTOS, Boaventura. *Op., Cit.*, 2007.

<sup>259</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa ômega, 2001, p. 103.

## 2.3 Pluralismo jurídico

A lo largo de este apartado se ha explicitado que la cultura jurídica brasileña y la administración de la justicia en el país se caracteriza por una fuerte tradición monista apoyada en un sistema jurídico formal de matiz liberal-burgués que considera el Derecho y la justicia como producto casi exclusivo de la actuación del Estado.

A partir de la redemocratización de Brasil, a finales del siglo XX, se tornó evidente que el centralismo jurídico del Estado y de sus Poderes ha sido insuficiente para promover una justicia eficaz para sus ciudadanos, pues no acompaña el ritmo de las transformaciones sociales y de los conflictos que surgen en el seno de la sociedad, que aumentan en cantidad y complejidad. Por tanto, esta realidad exige una concepción más global y plural del aparato jurídico utilizado y creado por la población.

Por consiguiente, el pluralismo jurídico se convierte en una propuesta viable para justificar la ruptura con la tradición de la cultura monista de Brasil, en la medida que enaltece las múltiples iniciativas de descentralización de tal producción jurídica. Es imprescindible incluir los diversos grupos que componen la compleja, multicultural y globalizada sociedad contemporánea para construir de un sistema jurídico más accesible en el que haya el estímulo a la utilización de otros modelos de solución de conflictos.

Las dimensiones del pluralismo jurídico, del mismo modo que el pluralismo filosófico, sociológico o político, son numerosas y variables.<sup>260</sup> No existe un concepto unívoco para abordar este tema pues existen diversas

---

<sup>260</sup> Resulta en una tarea muy difícil esclarecer los orígenes del pluralismo jurídico, sin embargo se puede identificar algunos autores percursores de esta temática: Eugen Ehrlich, Santi Romano, Jean Carbonnier, Georges Gurvitch, André Jean Arnaud y Norberto Bobbio. Sobre este tema, ver: SANCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo. Los orígenes del pluralismo jurídico. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org>. Acceso en: 01/05/2011.

corrientes doctrinarias que divergen en sus opciones metodológicas y conceptuales tanto en el escenario nacional cuanto internacional. Miguel Reale afirma que es muy difícil resumir los principios del pluralismo porque según su entendimiento parece existir una forma de pluralismo para cada autor.<sup>261</sup>

A partir de esta constatación se torna necesario desarrollar una hermenéutica diferenciada y un corte epistemológico para abordar con más eficacia el pluralismo jurídico en el entorno brasileño. Por tanto, el estudio aquí realizado considerará dos principales autores que abordan esta temática y son profundos conocedores de la realidad del respectivo país: de Souza Santos y Antonio Carlos Wolkmer.<sup>262</sup> Para Wolkmer la situación de complejidad del pluralismo:

no impossibilita admitir que el principal núcleo para el cual converge el pluralismo jurídico es la negación de que el Estado sea la fuente única y exclusiva de todo el derecho. Se trata de una visión anti dogmática e interdisciplinar que aboga por la supremacía de fundamentos ético sociológicos sobre los criterios tecno formales.<sup>263</sup>

---

<sup>261</sup> REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p.261.

<sup>262</sup> Boaventura de Sousa Santos es profesor catedrático de sociología de la Universidad de Coímbra y director del Centro de Estudios Sociales y del Centro de Documentación 25 de Abril en esa misma universidad. También es profesor distinguido del *Institute for Legal Studies* de la Universidad de Wisconsin-Madison. Se trata de uno de los más importantes sociólogos de la actualidad, con amplio reconocimiento internacional. Investiga desde la perspectiva de las ciencias sociales principalmente los temas relacionados con la globalización, democracia, epistemología y derechos humanos.

Sobre Santos, ver: <http://www.boaventuradesousasantos.pt>. Acceso en 22/12/2011.

Antonio Carlos Wolkmer es profesor catedrático de la Universidad Federal de Santa Catarina, en el Estado de Florianópolis en Brasil. Miembro del "*Institut International D'Etudes et de Recherches sur les Biens Communs*;" de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJU), de la "Associação Brasileira de Filosofia e Sociologia do Direito (ABRAFI);" y del "*Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI)*." Se trata de uno de los más importantes investigadores brasileños, sobre todo en los campos de la Historia de las Instituciones Jurídicas y de la Filosofía del Derecho. En sus obras, reflexiona sobre el pluralismo jurídico y el pensamiento jurídico crítico como herramientas en las luchas de emancipación de los pueblos latinoamericanos.

Sobre Wolkmer, ver: <http://buscatextual.cnpq.br>. Acceso en: 22/12/2011.

<sup>263</sup> WOLKMER, *Op. Cit.*, p. 183. Traducción del texto original: Essa situação de complexidade não impossibilita admitir que o principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o Estado seja a fonte única e exclusiva de todo o direito. Trata-se de uma visão antidogmática e interdisciplinar que advoga a supremacia de fundamentos ético-sociológicos sobre critérios tecnoformais.

### 2.3.1 Pluralismo Jurídico propuesto por Boaventura de Sousa Santos

Uno de los primeros estudiosos que analizó las peculiaridades del pluralismo jurídico de los países periféricos, en especial de Brasil, fue Boaventura de Sousa Santos. En la década de los setenta este sociólogo realizó una comparación no sistemática (todavía mínimamente controlada), a través del método socio-antropológico, entre la práctica jurídica del derecho estatal de los países capitalistas y la práctica jurídica en el interior de un gran barrio de la miseria de Río de Janeiro al que denominó de “Pasárgada.”<sup>264</sup> Esta investigación resultó en su tesis doctoral presentada en la Universidad de Yale en 1973.

Santos constata la existencia de un Derecho paralelo al Estado y analiza principalmente las cuestiones relacionadas con los problemas de derecho de propiedad ya que la mayor parte del arrendamiento de los terrenos de Pasárgada es irregular, fruto de invasiones. Por eso, estos moradores recurrían a otras formas no oficiales para resolver sus disputas, ya que era peligroso accionar el Estado porque esta actitud alertaría para la situación de irregularidad e ilegalidad que vivían.

Como acontece en general en las favelas, esta ocupación es ilegal y, en el caso de Pasárgada, se inició al principio de la década del 30 en un terreno situado entonces en los alrededores de la ciudad, que era al principio propiedad privada, pasando más tarde a propiedad del Estado. Igualmente ilegales son las construcciones (barracas precarias o, más tarde, casas de ladrillo), lo que significa no sólo la falta de título legal de propiedad en la posesión sino también de violación de las disposiciones legales (nacionales y municipales) sobre la construcción de edificios en las áreas urbanas. Este estado de ilegalidad constituye uno de los problemas centrales de las comunidades residenciales marginadas y no sorprende que sus luchas se estén orientando, ya sea para la conquista colectiva de la legalización, siempre que las condiciones socio-políticas lo permitan, o bien para la defensa contra las amenazas a la sobrevivencia colectiva que transcurre en la ilegalidad de la ocupación. Las amenazas se presentan de múltiples formas, todas ellas expresión de las condiciones brutales en que tiene lugar la reproducción social de la fuerza de trabajo en los países capitalistas periféricos. Por un lado, las favelas no tienen derecho a instalación de equipamientos colectivos por parte del estado, desde el abastecimiento de agua a

---

<sup>264</sup> Santos creó un nombre ficticio para la favela “Jacarezinho” y la denominó de Pasárgada, título inspirado en el poema de Manuel Bandeira, importante poeta brasileño, “*Vou-me embora para Pasárgada.*”



domicilio, hasta la red eléctrica, albañales y pavimentación de las calles, lo que crea mecanismos acumulativos de damnificación colectiva e impone a los moradores una cotidianidad particularmente dura. Por otro lado, con la valorización progresiva de los terrenos en que se implantaron las favelas y la especulación salvaje que de esto se deriva, crecen las presiones de la burguesía urbana sobre el aparato del estado en el sentido de reubicar en bloque para los alrededores o barrios marginales de la ciudad, liberando los terrenos para proyectos urbanísticos. Ante esto, los habitantes de las favelas siempre procuran organizarse para mejorar las condiciones habitables, creando varias redes de agua y de electricidad administradas por los usuarios, constituyendo brigadas de trabajo (sobre todo en los fines de semana) para mejorar las calles y otras infraestructuras colectivas. Procuran sobre todo maximizar el desarrollo interno de la comunidad y garantizar la seguridad y el orden en las relaciones sociales entre los habitantes con el objeto de, fortaleciendo las estructuras colectivas, hacer subir los costos políticos y sociales para el aparato del estado en caso de una eventual destrucción o remoción forzadas. Estas formas organizativas se desarrollaron sobre todo al inicio de la década de los 60, en una coyuntura populista del poder político burgués, y las luchas más avanzadas tuvieron lugar alrededor de las asociaciones de moradores, que entonces se constituían (o reconstituían) para coordinar las acciones de los varios niveles de la vida colectiva y sobre todo para defender los intereses de las comunidades ante las agencias del aparato de estado. Con el tiempo, algunas de esas asociaciones pasaron a asumir funciones no siempre previstas en los estatutos, como, por ejemplo, la de arbitrar conflictos entre los vecinos, en cuanto que el ejercicio de las funciones estatutarias se tornó cada vez más problemático después de la imposición de la dictadura militar en 1964, dando entonces inicio a una larga y difícil lucha por la sobrevivencia organizativa en condiciones políticas y policiales extremadamente represivas. En Pasárgada la asociación de moradores pasó a ser conocida por su intervención en las relaciones sociales entre vecinos, sobre todo en aquellas que envolvían derechos sobre la habitación o la tierra, una intervención que, allí, no era, en términos generales, inédita en la comunidad, una vez que continuaba de modo más sistemático y menos precario la intervención anteriormente asumida por otras instituciones comunitarias y por el nombramiento de leaders locales. Pasárgada es una comunidad densamente poblada, en el seno de la cual se estableció una trama muy compleja de relaciones sociales entre los habitantes y entre éstos, individualmente, y la comunidad en su conjunto, algunas de las cuales tienen origen en contratos (compraventa, arrendamiento, etc.) y otros negocios jurídicos que abarcan la propiedad, la posesión de derechos reales varios sobre la tierra y las habitaciones (o parte de ellas) individualmente apropiadas. Tales relaciones tienen una estructura homológica de las relaciones jurídicas. En tanto, a la luz del derecho oficial brasileño, las relaciones de ese tipo establecidas en el interior de las favelas son ilegales o judicialmente nulas, ya que se refieren a transacciones sobre terrenos ilegalmente ocupados y a construcciones doblemente clandestinas. Dentro de la comunidad, con todo, tales relaciones son legales y como tales son vividas por los que en ellas participan; la intervención de la asociación de moradores en este campo viene a constituir como un ersatz de la protección jurídica oficial de la que carecen. La asociación de moradores se transforma, así, gradualmente en un

fórum jurídico, alrededor del cual se fue desarrollando una práctica y un discurso -el derecho de Pasárgada.<sup>265</sup>

En este entorno la actividad de las asociaciones de moradores es fundamental para validar las relaciones jurídicas y resolver los conflictos de la comunidad a través de la mediación o del arbitraje. Muchos de los contratos celebrados son realizados en estas asociaciones, lo que confiere más seriedad y transmite una mayor confianza para las partes.

La inexistencia del monopolio estatal del derecho configura el pluralismo jurídico en Pasargada. Es importante subrayar que el derecho allí producido tiene validez sólo en dicha comunidad y transforma las ocupaciones ilegales en posesiones y propiedades legales, según el derecho de Pasárgada.

El discurso jurídico utilizado en Pasárgada no es un discurso formal, legal, sino que está basado en las practicas cotidianas, comunes, lo que le diferencia de la praxis del Estado que, a su vez, se caracteriza por el formalismo y lenguaje erudito, que muchas veces se aleja de la realidad de la población más pobre y sirve a la manutención del orden vigente, en otras palabras, sirve a la dogmática jurídica. Según Santos,

una de las características más sobresalientes del discurso jurídico de Pasárgada reside en que las decisiones no resultan de la aplicación unívoca de normas/leyes generales a casos concretos. Son antes el producto de la aplicación gradual, provisoria y siempre revisable de *topoi* cuya carga normativa (extremadamente vaga en abstracto) se va especificando a medida que se envuelve, por la argumentación, con la facticidad concreta de la situación en análisis. Los *topoi* principales del discurso jurídico pasargadiana son: los topos del equilibrio, de la justeza, los topos de la cooperación y los topos del buen vecino.<sup>266</sup>

La estructura de solución de conflictos en Pasárgada se asemeja a la mediación en la medida en que las decisiones no obedecen la lógica “vencedor/vencido” sino que los participantes ceden parte de sus pretensiones para lograr un acuerdo mutuamente satisfactorio, de ganancia recíproca. Es importante resaltar que la coercitividad de las decisiones producidas es

---

<sup>265</sup> SANTOS, Boaventura. El discurso y el poder (Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica). En: *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, p. 78-79. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx>. Acceso en: 08/05/2011.

<sup>266</sup> SANTOS, Boaventura. *Op. Cit.* p. 81-82.

precaria y su cumplimiento depende del grado de cooperación y satisfacción de las partes. En la práctica, el sentimiento de comunidad y la ética practicada en este entorno también contribuyen a el cumplimiento de lo acordado.

En Pasárgada las formas procesales son múltiples, adaptables a cada caso concreto. “Esta falta de uniformidad, que puede sorprender lo mismo que escandalizar a quien vea con los ojos etno-céntricos del derecho oficial, no es, sin embargo, caótica. Es determinada por las exigencias normativas y de seguridad, que se van definiendo a lo largo del proceso de prevención o de resolución de los conflictos.”<sup>267</sup> Las formalidades y requisitos procesales de Pasárgada en cierto grado están fundadas en las formalidades del derecho estatal y subsisten para fomentar los argumentos pero no constituyen límites para la satisfacción de derechos.

El discurso jurídico de Pasárgada es ejercido en gran parte de modo oral, a través de la articulación e intercalación entre habla y silencio, lo que permite captar los diferentes ritmos temporales del procesamiento del conflicto. Estos ritmos del discurso jurídico auxilian en el desarrollo de las múltiples negociaciones y exigen la participación activa de los participantes a lo largo del procedimiento.

También existen diferencias importantes entre el derecho oficial y el de Pasárgada en relación con la capacidad de coerción de cada uno. Los instrumentos de coerción comprenden el conjunto de los mecanismos de violencia que pueden ser legítimamente accionados para imponer y exigir el cumplimiento de las determinaciones jurídicas obligatorias. La producción jurídica de los estados capitalistas contemporáneos, en general, tienen a su servicio un poderoso y complejo aparato coercitivo al contrario del derecho de Pasárgada que dispone de pocos instrumentos coercitivos. En verdad, son formas de amenazas, de presión colectiva ejercida por la asociación y por los vecinos para que se cumpla el derecho de Pasárgada.

---

<sup>267</sup> SANTOS, Boaventura. *Op. Cit.*, p. 86.

Por todo lo expuesto se concluye que el derecho oficial presenta un elevado grado de institucionalización comparado con el derecho de Pasárgada que tiende a presentar un espacio retórico más amplio que el derecho estatal. Santos afirma que “La amplitud del espacio retórico del discurso jurídico varía en razón inversa del nivel de institucionalización de la función jurídica y del poder de los instrumentos de coerción.”<sup>268</sup>

En la obra “El discurso y el Poder” Santos explora la temática del pluralismo jurídico e investiga los antagonismos existentes entre el derecho del estado y el derecho de Pasárgada. Este último representa una alternativa para la sociedad de aquella época pero, de acuerdo con Santos, no se trata de un derecho revolucionario sino una tentativa de burlar la dominación del derecho estatal que no refleja los deseos y necesidades de la población de esta comunidad.

La realidad descrita y analizada críticamente por Santos en la década de los setenta todavía existe en prácticamente todos los estados brasileños. El pluralismo subsiste porque el derecho estatal no es capaz de por sí solo ofrecer una respuesta eficaz para los conflictos de esta comunidad. Son conflictos jurídicos o no que se originan en la pobreza, en la miseria, en la falta de educación de calidad. Estas personas crean redes propias de normas jurídicas válidas en su realidad social pero tales normas no pueden sobreponerse al ordenamiento jurídico oficial tampoco puede dejar de ser reconocido.

Para comprender mejor la investigación de Santos es necesario elucidar que en esta época Brasil vivía una dictadura militar y por eso sus instituciones eran conservadores, formalistas, burocráticas, clasistas y autoritarias, en este sentido, “pensar en un derecho alternativo, plural, fruto de la actuación de los oprimidos, era una tesis tentadora.”<sup>269</sup>

---

<sup>268</sup> SANTOS, Boaventura. *Op. Cit.* p.98.

<sup>269</sup> CARVALHO, Lucas. Caminhos e descaminhos do pluralismo jurídico no Brasil. En: Wolkmer, Antonio Carlos y otros. *Pluralismo Jurídico- Os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: 2010, p. 17. Traducción del texto original: (...) pensar em um direito alternativo, plural, fruto da atuação dos oprimidos, era mesmo uma tese tentadora.

Las investigaciones de Santos sobre Pasárgada fueron objeto de muchas críticas a partir de la década de los 80, incluso, el propio Santos reformuló algunas de sus consideraciones en estudios posteriores. Estas críticas no negaban el hecho de que había un derecho extraoficial, en verdad, cuestionaban la forma de interpretación de este fenómeno.<sup>270</sup>

Las tesis sobre el pluralismo jurídico parecen converger en la actualidad en el entendimiento de que el maniqueísmo (derecho positivo y derecho alternativo) no es suficiente para garantizar la eficacia de los derechos de los oprimidos. La cuestión es compleja porque de un lado está la legalidad, que promueve la seguridad jurídica en la sociedad, del otro, está el vacío dejado por el Estado, que genera la necesidad de crear otros mecanismos para alcanzar los horizontes que, por diversas razones, dificultan el acceso a la justicia para las personas excluidas.

Así, es preciso reconocer que el monismo y el positivismo exacerbado no satisfacen los intereses de toda la colectividad, del mismo modo

---

<sup>270</sup> Luciano Oliveira, Marcelo Neves y otros autores criticaron el derecho de Pasárgada y crearon dos grupos de críticas: El primero, de orden más teórico, se refiere a la aplicabilidad del pluralismo jurídico a la realidad de Brasil y de América Latina. Falta una originalidad cultural al derecho de Pasárgada ya que este forma parte de del orden capitalista y por eso está contaminado con los mismos valores de este capitalismo, para Luciano Oliveira, el pluralismo jurídico clásico presupone la existencia de dos órdenes contrapuestas, cada cual dotada de lógica y valores originales, por ejemplo, el derecho autóctono y el derecho de la metrópoli en los periodos de colonización. El derecho de Pasárgada es un subproducto del orden vigente. Marcelo Neves, a su vez, resalta que en la realidad brasileña el derecho estatal y el no oficial están fuertemente relacionados, en verdad, el desafío no es reconocer simplemente la pluralidad de ordenes jurídicas que existen fuera del ámbito estatal sino garantizar la autonomía y la eficacia del propio derecho estatal. Los autores que critican este estudio inicial de Santos sobre el pluralismo argumentan que Santos romantizó el pluralismo jurídico. No se puede negar que es difícil contemplar en el derecho comunitario de las comunidades pobres como un espacio de consenso y como un espacio con mayor amplitud retórica para sus miembros. Junqueira y Rodrigues complementaron estas críticas resaltando el papel desempeñado por el tráfico de drogas en la resolución de los conflictos de las comunidades y que el derecho producido en dichas comunidades ni siempre es más libertador y beneficioso. En este sentido, puede haber la presencia de la violencia en detrimento de la retórica. Para mayores informaciones ver: JUNQUEIRA, Eliane; RODRIGUES, José Augusto. A volta do parafuso: cidadania e violência. In SANTOS JR., Belisário (org.). *Direitos Humanos- Um debate necessário*. São Paulo: Brasiliense, Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1988, p. 120-140.

NEVES, Marcelo. *Do pluralismo à miscelânea social: o problema da falta de identidade da (s) esfera(a) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina*. *Direito em Debate*, v. 1, n. 1, Unijuí, p. 7-37, 1991.

OLIVEIRA, Luciano. Pluralismo jurídico e o direito alternativo no Brasil: notas para um balanço. En: Oliveira, Luciano. *Sua excelência, o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

que el derecho producido al margen del Estado, “alternativo”, puede ser extremadamente perjudicial porque ni siempre será más justo, igualitario y menos violento que el oficial. Por tanto, las tesis sobre el pluralismo jurídico de los días de hoy tienen como desafío promover el equilibrio y la interacción entre estas realidades.

Santos incrementó sus consideraciones sobre el pluralismo jurídico en dos importantes obras: *“De la mano de Alicia: lo social y lo político en la posmodernidad”* y *“La crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia”*, en las que discurre sobre la necesidad de buscar un nuevo paradigma social. Para eso es imprescindible reconocer que el proyecto de la modernidad vive una crisis y para superarla hay que realizar una crítica radical de la ciencia, del derecho y de la política.

Las promesas de la modernidad, al no haber sido cumplidas, se transformaron en problemas para los cuales no parece haber solución. Entre tanto, las condiciones que produjeron la crisis de la teoría crítica moderna no se convirtieron aún en las condiciones de superación de la crisis. De ahí la complejidad de nuestra posición “transicional”, la cual puede resumirse así: nos enfrentamos a problemas modernos para los cuales no hay soluciones modernas. Según una posición que podemos designar como post-modernidad reconfortante, el hecho de no haber soluciones modernas indica que probablemente no hay problemas modernos, como tampoco hubo antes promesas de modernidad. Hay, pues, que aceptar y celebrar lo que existe. Según otra posición que designo como post modernidad inquietante o de oposición, la disyunción entre la modernidad de los problemas y la post modernidad de las posibles soluciones debe ser asumida plenamente y debe ser transformada en punto de partida para enfrentar los desafíos de la construcción de una teoría crítica post moderna.<sup>271</sup>

La modernidad es caracterizada por un intenso proceso de homogeneización de las identidades culturales, de silenciamiento de los saberes y prácticas sociales alternativas. Las relaciones de poder sufren fuerte influencia de discursos y verdades, supuestamente únicas, legítimas y válidas universalmente. Eso implica, en el ámbito jurisdiccional, la creencia de que el derecho estatal y la ciencia positivista son las únicas formas de derecho aceptadas. La propuesta de Santos, que forma parte de la construcción de una teoría crítica post moderna, pretende reconocer que existe en la sociedad una

---

<sup>271</sup> SANTOS, Boaventura. *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Traducción de FLORES, Joaquín Herrera y otros. Bilbao: Editorial Desclée de Brower, 2003, p. 30.

pluralidad de órdenes jurídicos, acompañados por una pluralidad de formas de poder. No obstante, tal propuesta se distancia de la intención inicial explicada en Pasárgada pues ahora esta pluralidad de órdenes jurídicos preserva la centralidad del derecho estatal. Él autor introduce el concepto de “interlegalidad,” que nos lleva a considerar la compleja interacción entre derecho estatal y local que funciona en escalas distintas y depende de cada entorno social. Argumenta que la fragmentación de la realidad y de la legalidad presupuesta por los conceptos de pluralismo jurídico e “interlegalidad” no es caótica:

Es una construcción social según las reglas de la escala, de la proyección y de la simbolización. Además, en un universo ético jurídico poli céntrico, como el aquí defendido, es importante reconocer que el derecho estatal continua siendo, en el imaginario social, un derecho central, un derecho cuya centralidad, a pesar de crecientemente debilitada, es aún un factor político decisivo. Tal centralidad es, residualmente, reproducida por múltiples mecanismos de aculturación y socialización.<sup>272</sup>

En Pasárgada el autor analizó la actuación de la asociación de moradores y la forma de resolución de sus conflictos. En sus estudios más modernos arriba mencionados el autor investiga con mayor amplitud el derecho estatal y su relación con el capitalismo y la globalización. Indica que el campo jurídico del mundo capitalista es un sistema estructuralmente pluralista, en el que existen seis espacios de poder y producción del derecho: doméstico, productivo, mercantil, comunitario, ciudadano y mundial.

El espacio domestico engloba las relaciones familiares, entre los cónyuges, entre los padres e hijos, entre hermanos. Todavía en la actualidad es fuertemente marcado por el patriarcalismo como mecanismo de poder y se realiza en la maximización del afecto.

El espacio productivo se desarrolla en las relaciones de trabajo, entre los empleadores y empleados o entre los propios empleados. Su forma institucional básica es la empresa capitalista, que se regula por un sistema jurídico de producción que tiene la explotación como mecanismo de poder con el objetivo de lograr la extracción máxima de plusvalía.

---

<sup>272</sup> SANTOS, Boaventura. *Op. Cit.* 2003, p. 252.

El espacio de mercado, a su vez, es definido como el conjunto de relaciones de distribución y consumo de valores, regulado mediante el derecho de cambio y estructurado sobre el mercado como institución, cuya forma de poder es el fetichismo de las mercancías.

El espacio comunitario consiste en el conjunto de las relaciones sociales, donde se desarrollan identidades colectivas entre vecinos, de región, de raza, de etnia, de religión, que son reguladas por el derecho de la comunidad. Vinculan e identifican los individuos con la reproducción de los territorios físicos o simbólicos y de las identidades con relación a los orígenes o a los destinos comunes.

El espacio ciudadano es el conjunto de las relaciones sociales que se desarrollan en la esfera pública y envuelve las relaciones de obligación política vertical entre los ciudadanos y el Estado, como relación institucional básica que se realiza en la maximización de la legalidad. El derecho producido adquiere la forma de derecho nacional y se integra por diferentes ramas que regulan esa relación.

Por fin, el espacio mundial se constituye institucionalmente alrededor de las agencias y de los convenios internacionales. Engloba las relaciones entre las economías internacionales y las relaciones entre los Estados nacionales.

De acuerdo con Santos, en cada uno de estos espacios existe una forma de derecho, aliado a una forma de saber y de poder. El conjunto de relaciones jurídicas y de poder en la sociedad capitalista se puede definir por la forma como se relacionan esos espacios. En este sentido, las relaciones entre ellos cambian de una sociedad a otra y, de manera muy general, entre las sociedades centrales y las periféricas. Al analizar la obra de Santos, Amaya concluye que:

En los países centrales, los espacios de producción y de mercado son los que marcan las opciones sobre las que el espacio ciudadano se define y establece los límites del poder mundial en cada país.



Mientras que en las sociedades periféricas el poder mundial define los límites del espacio productivo, de mercado y del espacio ciudadano, de lo cual puede derivarse una afectación indirecta de dichos espacios de los países centrales sobre los espacios ciudadano, productivo y de mercado de los países periféricos, mediados por la posición que en cada sociedad ocupa el espacio mundial.<sup>273</sup>

Es importante subrayar que cada uno de esos espacios tiene sus propias relaciones de poder y sus propias luchas. Así, el orden capitalista presenta un pluralismo jurídico entre sus diferentes espacios. Santos resalta que a partir del siglo XIX cuando el capitalismo asumió el papel de modelo de desarrollo de la sociedad hubo una reducción drástica de la amplitud de las exigencias democráticas para el espacio ciudadano. Él propone un modelo de socialismo como democracia amplia que para concretizarse precisa expandir los principios políticos jurídicos democráticos consagrados en la modernidad, hasta entonces confinados en el espacio ciudadano, hacia los otros espacios estructurales. Eso implica la repolitización de la vida social de modo que la democracia no se limite al espacio ciudadano sino articule y democratice los demás.

En resumen, las propuestas sobre el pluralismo jurídico desarrolladas por Santos fueron fundamentales porque ampliaron el campo epistemológico de los estudios del Derecho antes resumidos a una visión monista, positivista. Aunque el autor reconozca los límites del derecho oficial, en sus obras más recientes, él también reconoce su relevancia y centralidad e incentiva la búsqueda de instituir mecanismos de concretización de los principios y reglas asegurados por el sistema jurídico estatal. Argumenta que es preciso buscar prácticas innovadoras que una vez consolidadas y exitosas deben servir de ejemplo a otras localidades. Santos parece haberse alejado del romanticismo y maniqueísmo de Pasárgada, pero ha rescatado la utopía como esperanza para la concretización de un verdadero pluralismo jurídico:

Para la teoría crítica moderna lo fundamental fue siempre la idea de espera, ya que sólo con esa actitud es posible mantener abierta la posibilidad de alternativas creíbles. Mas por ser progresistas, o mejores que lo que existe, tales alternativas fueron también motivo

---

<sup>273</sup> AMAYA, Edgar. Pluralismo jurídico: apuntes para el debate. En: *El otro Derecho*, número 26-27. Abril de 2002. ILSA, Bogotá D.C., Colombia, p. 59.

para la esperanza. Por ello fue posible esperar con esperanza. La teoría crítica moderna representó una secularización fiel de la esperanza bíblica. En un contexto de espera sin esperanza, la teoría crítica sólo tiene la alternativa de luchar contra la inevitabilidad de los riesgos. Para eso, sin embargo, tiene que asumir una posición explícitamente utópica, una posición que siempre tuvo pero que durante mucho tiempo clamó no tener. Recuperar la esperanza significa, en este contexto, alterar el estatuto de la espera, tornándola más activa y más ambigua. La utopía es, pues, el realismo desesperado de una espera que permite luchar por el contenido de la espera, aunque no de un modo general, sino en el espacio y en el tiempo exactos en que se encuentra. La esperanza no reside, por tanto, en un principio general que aboga por un futuro general. Reside antes en la posibilidad de crear campos de experimentación social donde sea posible resistir localmente a las evidencias de la inevitabilidad, promoviendo con éxito alternativas que parecen utópicas en todos los tiempos y lugares excepto en aquellos donde efectivamente se dieron. Es este el realismo utópico que preside las iniciativas de los grupos oprimidos que, en un mundo donde parece haber desaparecido la alternativa, van construyendo, un poco por todas partes, alternativas locales que vuelvan posible una vida digna y decente. A la teoría crítica le compete, en vez de generalizar a partir de esas alternativas en busca de la Alternativa, tornarlas conocidas más allá de los lugares y crear, a través de la teoría de la traducción, inteligibilidades y complicidades reciprocas entre diferentes alternativas desplegadas en diferentes lugares. La creación de redes translocales entre alternativas locales constituye una forma de globalización contra-hegemónica, la nueva cara del cosmopolitismo.<sup>274</sup>

Estas consideraciones corroboran la elección de los estudios de Santos sobre el pluralismo jurídico para servir de base para la presente investigación pues la mediación de conflictos en el escenario brasileño está siendo utilizada como mecanismo de solución adecuado para resolver los conflictos principalmente de las personas que no tienen acceso a la justicia, a través de iniciativas de los propios órganos de la administración de la justicia o de iniciativas privadas, como será observado en los apartados siguientes.

Santos destaca la importancia de las experiencias desarrolladas por las asesorías jurídicas universitarias, de los programas de justicia comunitaria, la abogacía popular y otras, que han contribuido a la reinención de las prácticas jurídicas complementarias al derecho vigente. Tales experiencias amplían la posibilidad de acceso a la justicia social y ciudadana, en otras palabras del acceso a la justicia material.

---

<sup>274</sup> SANTOS, *Op. Cit.* 2003, p. 38-39.

### 2.3.2 Pluralismo Comunitario–Participativo propuesto por Antonio Carlos Wolkmer

En su obra “*Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*” Wolkmer parte de la percepción de la decadencia y agotamiento del modelo liberal-individualista para ofrecer respuestas satisfactorias para los ciudadanos en el contexto de la evolución de las sociedades complejas. Impone como condición básica la demarcación de un nuevo fundamento de validez para el mundo jurídico, un paradigma que incida, inexorablemente, en el reconocimiento de nuevas formas de acciones participativas.

Los objetivos del autor consisten en investigar: ¿Cómo se estructura, se instrumentaliza y se hace efectiva la continua creación del proceso de prácticas jurídicas informales/diferenciadas en un amplio espacio público de democratización, descentralización y participación? ¿En qué medida una nueva formulación teórica del Derecho, en sociedades inestables caracterizadas por la existencia de numerosos conflictos y que forman parte del capitalismo periférico, se reconoce la legitimidad de un pluralismo jurídico para atender las necesidades cotidianas de los nuevos sujetos colectivos? La investigación de Wolkmer considera el capitalismo latinoamericano y los indicios de la crisis de la cultura tradicional del Legislativo y del Judicial en Brasil retratada en las últimas décadas del siglo XX.<sup>275</sup>

El autor reconoce que el modelo de pluralismo jurídico deseado no es el mismo que el pluralismo jurídico tradicional, que estaba vinculado al pluralismo neoliberal de las elites económicas y del libre mercado defendido en la primera mitad del siglo XX, que resurgió como nueva estrategia global de dominación en los 80 y 90.

Este pluralismo conservador se contrapone considerablemente al pluralismo progresista/democrático/participativo propuesto por Wolkmer. La diferencia entre ambos se fundamenta en el hecho de que el primero inviabiliza

---

<sup>275</sup> WOLKMER, *Op. Cit.* 2001, p. XVI-XVII.

la organización de las masas populares y enmascara la verdadera participación porque ofrece falsos espacios alternativos, el segundo, a su vez, intenta promover y estimular la participación amplia de los seguimientos populares de forma individual y colectiva.

El pluralismo liberal consagraba los intereses privados de individuos aislados, motivados para lograr éxito en la lucha por sus propios intereses, por otro lado, el “nuevo pluralismo” es integrador, une a los individuos para hacer efectivos los derechos que representan intereses comunes y por eso preconiza la solidaridad, la tolerancia.

En verdad, el modelo de pluralismo jurídico que se plantea debe considerar las especificidades de la producción jurídica de Brasil y de su administración de justicia, fuertemente impregnadas del Estado. Tampoco no se puede olvidar de la inmensa desigualdad presente en una sociedad estratificada, compuesta por espacios sociales confrontados, caracterizados por contradicciones sociales, económicas, políticas y culturales.

Aunque no reconocido, el pluralismo siempre estuvo presente en la sociedad brasileña. Eso porque el país presenta una formación multicultural (indígenas, esclavos, portugueses, españoles, holandeses, italianos), tiene un territorio caracterizado por su gigantismo, en su formación capitalista se constatan fuertes desigualdades que generan pluralidad de intereses y conflictos.

En toda la trayectoria de Brasil siempre ha existido un verdadero abismo entre lo que está dispuesto en el aparato normativo del ordenamiento jurídico y lo que es de hecho garantizado para los ciudadanos. Así, la insuficiencia del referencial lógico-formal contribuye a la introducción de “un cierto tipo de pluralismo político y jurídico-de base comunitario participativa-que absorberá las privaciones y exigencias de estructuras societarias del capitalismo periférico.”<sup>276</sup>

---

<sup>276</sup> WOLKMER, *Op. Cit.*2001, p. XIX.

La existencia de expresiones normativas no estatales y de formas no oficiales de garantizar la eficacia de los derechos es inevitable en este contexto. Además de inevitable, es saludable, porque construye un pluralismo jurídico abierto, más democrático, inspirado en la vida cotidiana de los individuos y de las comunidades.

De acuerdo con Wolkmer, este modelo de pluralismo jurídico comunitario-participativo:

Se construye a través de condiciones materiales y formales que engloban la legitimidad de los nuevos sujetos colectivos, la implementación de un sistema justo de satisfacción de las necesidades, la democratización y descentralización de un espacio público participativo, el desarrollo pedagógico para una ética concreta de la alteridad y la consolidación de procesos que conducen a una racionalidad emancipadora.<sup>277</sup>

De lo expuesto, se concluye que el modelo de pluralismo jurídico comunitario participativo defendido por Wolkmer se adecúa con los retos de esta investigación de problematizar los modelos normativos oficiales y la administración de la justicia en Brasil y estimular las acciones que procuran democratizar los espacios de administración de justicia y ampliar las posibilidades de acceso. La diferencia entre la propuesta de Wolkmer y la de Santos reside en la mayor preocupación de este último en diferenciar el pluralismo progresista del pluralismo reaccionario, como será analizado posteriormente.<sup>278</sup>

La propuesta de Wolkmer presupone la articulación de los siguientes elementos: los nuevos sujetos colectivos de juridicidad; sistema de las necesidades humanas fundamentales; reordenación del espacio público a partir de los pilares de la democracia, descentralización y participación; ética

---

<sup>277</sup> WOLKMER, *Op. Cit.* 2001, p. XX-XXI. Traducción del texto original: Constrói-se por meio de condições materiais e formais que englobam a legitimidade de novos sujeitos coletivos, a implementação de um sistema justo de satisfação das necessidades, a democratização e descentralização de um espaço público participativo, o desenvolvimento pedagógico para uma ética concreta da alteridade e a consolidação de processos conducentes a uma racionalidade emancipatória.

<sup>278</sup> CARVALHO, Lucas. *Op. Cit.*, 2010, p.29.

concreta de la alteridad; y, por fin, la racionalidad como necesidad de emancipación. A continuación serán explicitadas algunas consideraciones sobre cada uno de estos elementos:

De acuerdo con esta perspectiva pluralista no existe la negación o desconsideración del orden jurídico estatal sino la constatación de que paralelo a este sistema existen formas autónomas de juridicidad tanto supra-estatales cuanto infra-estatales. Para Wolkmer la sociedad civil es el espacio público en el cual la democracia se expresa a través del desarrollo de prácticas legales y jurídicas populares:

En este aspecto, se tiene que concebir a la sociedad civil como el complejo autónomo de estructuras político-sociales que intermedian las acciones de los individuos o los grupos con las formas organizadas e institucionalizadas del poder. Además de ser el espacio de articulación de los actores sociales, de manifestación de segmentos asociativos y de explicitación de la comunicación pública, la sociedad civil se revela como el *locus* de interacción entre el Estado y el mercado. La sociedad civil asume una función política que no está relacionada con la conquista ni con el control del poder, sino con la generación de influencias en la esfera pública cultural. Naturalmente, la dimensión política de la sociedad civil no se restringe a la contestación o a la resistencia de sus agentes formadores. Más de lo que se contrapone al Estado y al mercado, o de ser encarada como un conjunto no estático de instituciones, se puede y se la debe ver también activamente, como el contexto y el producto de actores colectivos que se auto constituyen. Se descarta, de este modo, la concepción de sociedad civil vinculada tanto a sujetos abstractos de derechos introducidos por el orden socio-político liberal-democrático, como de los sujetos aparentemente dinámicos y participativos engendrados por políticas distributivistas del Estado de bienestar, mediante medidas captativas y clientelistas. Y nace aquí la necesidad de redefinir a la sociedad civil como espacio público pulverizado por la legitimación de nuevos sujetos sociales que, en permanente ejercicio alternativo, implementan sus necesidades fundamentales y se habilitan como instancias productoras de un derecho comunitario.<sup>279</sup>

La propuesta del pluralismo jurídico comunitario-participativo requiere el reconocimiento de la legitimidad instaurada por nuevos actores sociales y de la exigencia de satisfacción de modo justo de sus necesidades. Wolkmer añade que la lucha por los derechos por parte de los sectores

---

<sup>279</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Sociedad Civil, poder comunitario y acceso democrático a la justicia. En: El Otro Derecho, Bogotá, v. 26-27, p. 137 ( 135-147), 2002.

comunitarios, representados principalmente por los movimientos sociales, se justifica en dos vertientes:

- a) La exigencia para hacer efectivos los derechos ya garantizados y proclamados por la legislación oficial;
- b) La reivindicación y el reconocimiento de los derechos que emergen de nuevas necesidades que la propia población crea y se le atribuye.<sup>280</sup>

El autor priorizó los nuevos movimientos sociales como parcelas participativas y generadoras de elementos jurídicos en su análisis del pluralismo jurídico. Argumenta que los nuevos sujetos colectivos comprenden los sujetos sociales participativos y generadores de producción jurídica. Unidos, constituyen un espacio compuesto por identidades heterogéneas en constante proceso de definición. Un sujeto vivo, libre y actuante que modifica de modo más concreto el proceso histórico-social.<sup>281</sup>

Wolkmer advierte que la articulación de estos movimientos no se dio sólo para reivindicar derechos frente al Estado sino que permitió la implementación de nuevas formas de solución de conflictos que se caracterizan por una amplia participación popular. En este sentido, estos movimientos reivindicán y presionan el Estado para lograr mejores condiciones de vida al mismo tiempo que construyen propuestas alternativas para solventar sus problemas e incentivan la participación activa de los ciudadanos.

---

<sup>280</sup> WOLKMER, *Op. Cit.* 2001, p. 92.

<sup>281</sup> Maliska, a partir de la obra de Wolkmer, sistematizó la distinción entre los antiguos y los nuevos movimientos sociales: hasta finales de la década de 60, en las sociedades capitalistas, predominaron los movimientos sociales constituidos, en gran parte, por la clase trabajadora, fuertemente influenciada por los principios del socialismo, marxismo y sindicalismo anarquista, los nuevos movimientos, a su vez, predominantes en los 70 y 80 surgen a partir de factores como la inseguridad de la población en virtud de la impotencia de las clásicas instituciones políticas y el fracaso del Estado Social. Estos movimientos vislumbran el surgimiento de un nuevo paradigma cultural y de una organización social emancipadora.

MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 67.

La percepción de este modelo de pluralismo comunitario participativo, en el ámbito de la producción de normas y de la resolución de los conflictos, exige la redefinición entre el poder de reglamentación del Estado y la auto-regulación de los movimientos sociales. No se puede negar que existen diversas manifestaciones de normatividad paralela, institucionalizadas o no, dentro y fuera del sistema estatal positivo. Tales manifestaciones representan la fuerte presión de la sociedad civil para garantizar el reconocimiento y la efectividad de sus derechos.

Las condiciones precarias de vida de la mayor parte de la población estimulan estas reivindicaciones. Para Wolkmer, necesidades no son sólo aquellas de orden social o material, sino que incluye las necesidades existenciales, de subsistencia: culturales, filosóficas, biológicas y religiosas. Añade que las necesidades son inagotables porque no pueden ser satisfechas completamente pues siempre estarán surgiendo nuevas necesidades derivadas de la evolución social.<sup>282</sup>

Es importante subrayar que el autor apoya sus consideraciones en la obra de Agnes Heller, que según Wolkmer, fue la que mejor abordó el tema de las necesidades y su relación con la problemática de la vida cotidiana y con la producción histórico-social de los valores. Utilizando esta perspectiva en el escenario de los países capitalistas latino-americanos Wolkmer concluye que el proceso histórico de estas naciones, incluso de Brasil, está caracterizado por la eclosión de numerosos conflictos, contradicciones e insatisfacciones de necesidades materiales e inmateriales, sobre todo de los que sufren con el modelo perverso que afecta su dignidad y le impone una condición de vida cruel, sin que le garantice una satisfacción mínima de sus necesidades. La respuesta para superar la exclusión deriva de la fuerza de los movimientos sociales que son capaces de crear y exigir nuevos derechos.

En resumen, en las sociedades del capitalismo periférico las demandas de los movimientos sociales tienen como finalidad la

---

<sup>282</sup> WOLKMER, *Op. Cit.* 2001, p.243.



implementación de derechos para superar las necesidades de sobrevivencia y subsistencia de la vida. En este contexto, la pluralidad de conflictos y derechos es natural pues la propia sociedad se organiza en clases sociales distintas, con poderes e intereses profundamente diferentes. Estos derechos son materiales y sociales, pautados en necesidades mínimas de una vida digna, de mejores condiciones de trabajo, de libertad, de seguridad, de participación política, de acceso a la justicia.

Otro elemento del modelo de pluralismo defendido por Wolkmer es la reordenación política del espacio público a través de la democracia, de la descentralización y de la participación. Sobre este aspecto el autor destaca la importancia de hacer complejas alteraciones en la vida cotidiana, con la reorganización del espacio comunitario y con la estimulación de políticas democráticas de base para que haya un mayor fortalecimiento del poder local.

Wolkmer reconoce que no se trata de una tarea fácil pues la estructura social de Brasil está contaminada por la tradición político-cultural centralizadora, dependiente y autoritaria, que siempre ha sido vinculada a los intereses exclusivistas de la clase burguesa.<sup>283</sup>

La ética concreta de la alteridad también es uno de los fundamentos del modelo de pluralismo de Wolkmer. Él defiende la configuración de nuevos valores éticos emancipadores pautados por prácticas democráticas y humanitarias que configuren una sociedad comunitaria solidaria, no excluyente. Constata el agotamiento de la cultura actual de la modernidad industrial capitalista que contribuye a numerosas crisis de legitimidad de instituciones jurídicas, económicas, políticas y no sirve para construir una ética capaz de internalizar el yo individual y el nosotros como comunidad real.<sup>284</sup>

---

<sup>283</sup> WOLKMER, *Op. Cit.* 2001, p. 249.

<sup>284</sup> Wolkmer argumenta que la crisis del "ethos" tiene como origen la profunda pérdida de la identidad cultural, en la deshumanización de las relaciones sociopolíticas, en el individualismo irracional y egoísta, en la ausencia de modelos comunitarios y democráticos y en la constante amenaza de destrucción de la humanidad y de su medio ambiente. WOLKMER, *op. cit.* 2001, p. 261.

Wolkmer realiza una exposición sucinta de dos contribuciones filosóficas que intentaron ofrecer respuestas al agotamiento de los valores éticos de la modernidad: el pragmatismo analítico<sup>285</sup> que rechaza los principios éticos universales porque comprende que es perjudicial crear normas generales puesto que la ética se refiere a reglas inmediatas y particulares. Esta propuesta, según Wolkmer, es conservadora e insuficiente. Para superarla él sugiere las contribuciones de Jürgen Habermas y Karl-Otto Apel sobre la teoría de la racionalidad comunicativa que abogan por la construcción de una ética universalista del discurso comunicativo que posibilite una mayor aproximación entre el “yo” y el colectivo. Ambos proponen la construcción de una ética emancipadora de los sujetos humanos y de los grupos sociales.

El autor elogia las contribuciones sobre la ética del discurso o de la comunicación, fundamentadas en la pragmática universal de Habermas o en la pragmática transcendental de Apel, pero también las critica porque estas propuestas tienen como punto de partida la premisa de la existencia de una comunidad con comunicación ideal, casi perfecta, en la que todos participan y tienen la misma capacidad de argumentación, lo que no corresponde a las sociedades de capitalismo periférico que presentan sujetos desiguales. En este sentido, Wolkmer justifica la gran dificultad de utilizar la ética discursiva universal en la realidad de estos países, “cuyo escenario es compuesto por sujetos alienados, espoliados y desiguales.”<sup>286</sup>

Consciente de esta realidad, Wolkmer avanza en la formulación de una ética de la alteridad destinada a romper con los formalismos técnicos y los abstraccionismos metafísicos con la intención de incluir a los pobres excluidos de la realidad latinoamericana y brasileña. Se trata de una ética libertadora, inserta en las prácticas sociales y que se justifica en dos condiciones esenciales:

---

<sup>285</sup> Según Wolkmer, el pragmatismo analítico tiene como principales defensores: A. MacIntyre, Hilary Putnam y Richard Rorty. WOLKMER, *op. cit.* 2001, p. 229.

<sup>286</sup> WOLKMER, *op. cit.* 2001, p. 267.

a) Se inspira en la praxis concreta y en la situación histórica de las estructuras sociales económicas que incluso en los días actuales se presenta de forma dependiente, marginalizada y colonizada.

b) Las categorías teóricas y los procesos de conocimiento son encontrados en la propia cultura teológica, filosófica y sociopolítica latinoamericana.

Por tanto, Wolkmer propone una ética que del mismo modo que contemple principios universales (vida, libertad, bien común, justicia), también priorice las prácticas culturales de sociedades peculiares, de ciertos valores específicos. Explica que en una sociedad compuesta por comunidades y culturas diversas, el pluralismo democrático expresa el reconocimiento de valores colectivos que están vinculados en la dimensión cultural de cada grupo y de cada comunidad.<sup>287</sup> La ética de la alteridad es una ética antropológica de la solidaridad que parte de las necesidades de los segmentos humanos marginalizados y se propone generar una práctica pedagógica libertadora, capaz de emancipar a los sujetos históricos oprimidos, ultrajados, expropiados y excluidos.<sup>288</sup>

El último elemento del pluralismo comunitario participativo propuesto por Wolkmer es la racionalidad emancipadora. Sobre ese aspecto, resalta la importancia de conocimientos comprometidos con la emancipación y autonomía de la esencia humana. El autor aborda la discusión doctrinaria sobre la cuestión de la racionalidad, analizando desde la interpretación positivista de Max Weber hasta las interpretaciones críticas de la tradición marxista (Lukács, Adorno y Horkheimer, Marcuse y Habermas).

Una vez más destaca la teoría de la racionalidad comunicativa de Habermas, que, a su vez, va mas allá de la crítica de la razón instrumental e intenta solucionar las patologías sociales a partir de una acción comunicativa,

---

<sup>287</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico: em espaço de resistência na construção dos direitos humanos. En: Wolkmer (org.) *Pluralismo Jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37-50.

<sup>288</sup> WOLKMER, *Op.Cit.* 2001, p. 269

basada en el consenso y en la convicción recíproca. Tal racionalidad deja de ser facultad del sujeto considerado individualmente y pasa a ser implementada socialmente, en virtud de la interacción de los sujetos sociales.

Wolkmer advierte que las formulaciones teóricas sobre procesos racionales deben partir de las necesidades concretas y deben considerar las condiciones históricas generadas por las prácticas cotidianas de cada realidad social. Para esto, es necesario alejar la racionalidad metafísica y tecno formalista y, así, reconocer la racionalidad que proviene de la vida concreta, que mantiene íntima conexión con la identidad cultural capaz de generar una razón verdaderamente emancipadora y libertaria.

A lo largo de su obra sobre el pluralismo se torna evidente que Wolkmer no propone abolir el derecho estatal, incluso reconoce que esta tarea sería extremadamente difícil en un país con la tradición jurídica centralizadora de Brasil. En verdad, él sugiere una ruptura con el paradigma tradicional de monopolio del Estado sobre toda la producción jurídica del país y con eso la relación entre el derecho positivo y las otras formas de expresión de juridicidad es alterada para que el Estado pase a representar de forma más comprometida las aspiraciones sociales y respetar el censo de justicia que se construye a partir de la interacción de los sujetos individuales y colectivos.

La relación entre el derecho del Estado y el derecho informal comunitario puede ocurrir por medio de la supremacía de uno, de la complementación o interdependencia entre ambos. En el caso de confrontación entre tales normas, la supremacía de uno dependerá del grado de desarrollo de la regulación societaria *versus* el poder de reglamentación estatal. Si analizamos esta cuestión a la luz del nuevo paradigma propuesto por el autor, la discusión pasa a ser vislumbrada a partir del criterio de lo más justo. *In casu*, lo más justo debe ser considerado aquello que corresponde a las aspiraciones legítimas y a la satisfacción de las necesidades establecidas de forma democrática por la sociedad, con amplia participación.

Así, el autor cuestiona el concepto de legitimidad y desafía la tan deseada y frágil “seguridad jurídica.” Reconoce que para que haya la supremacía del “derecho justo” es esencial batallar por una pedagogía emancipadora, desarrollar una racionalidad que considere las condiciones históricas, que contemple una educación de calidad, libertadora, emancipadora, que permita e incentive que las identidades individuales y colectivas asuman verdaderamente el papel de nuevos sujetos de la historia y que se privilegie el sujeto común, la vida cotidiana.

El autor argumenta que los países periféricos están pasando por una fase de transición paradigmática en la que el pluralismo comunitario participativo es una tentativa de sistematizar los elementos de una realidad informal y subyacente que hace mucho tiempo es evidente pero poco respetada. Es indiscutible que existe un derecho paralelo al oficial originado en prácticas comunitarias que se legitiman a través del reconocimiento y de la eficacia social en la comunidad. El modelo de Wolkmer no ofrece una respuesta perfecta, acabada, para lograr éxito en la difícil tarea de equilibrar la validez y legitimidad de este derecho informal con el oficial.

El pluralismo comunitario participativo aquí presentado pretende estimular la participación más intensa de los diversos seguimientos populares a través del ejercicio de la ciudadanía de los sujetos individuales y colectivos. Esta perspectiva interdisciplinar entre derecho y política, que propicia la interacción entre lo jurídico y otras coyunturas sociales, presenta una realidad fragmentada del concepto de “legal” y de “justo” que no puede seguir siendo vislumbrada como anárquica, “es perfectamente admisible vivir en un mundo de juridicidad múltiple. El dislocamiento normativo del centro para la periferia, del Estado para la sociedad, de la ley para los acuerdos y negociaciones representan un espacio Público más abierto, democrático y solidario.”<sup>289</sup>

Por tanto, no se pretende minimizar el Estado. Denunciar la insuficiencia del Derecho estatal y de la lógica procedimental que lo sustenta

---

<sup>289</sup> WOLKMER, *op. cit.* 2001, p. 359

no implica, en absoluto, su rechazo.<sup>290</sup> La prestación jurisdiccional es necesaria pero no satisface las necesidades de la población. La crítica al derecho oficial está relacionada con el exceso de formalismo que no se muestra capaz de contemplar el fenómeno jurídico en su totalidad pues no considera el contexto social económico y político en el cual es aplicado.

No se puede cerrar los ojos para la pluralidad que brota en la sociedad pero cuando se habla de pluralismo jurídico no se puede contemplar solamente las prácticas independientes y autónomas en relación al Estado sino también las prácticas normativas oficiales y formales. Habrá prácticas oficiales y no oficiales que son progresistas y emancipadoras del mismo modo que habrá prácticas conservadoras y autoritarias en los dos ámbitos. Seguro que algunas formas de pluralismo no estatales son represoras e ilegales sobre todo en las comunidades más pobres controladas por el tráfico de drogas, lo que es una realidad triste en Brasil.

Es fácil constatar la existencia del pluralismo jurídico en las comunidades afectadas por el narcotráfico. El derecho informal que impera en este contexto cumple un papel muy relevante pues suple, en muchos casos, lagunas dejadas por el Estado. Para algunos de los integrantes de esta realidad las conductas impuestas de modo informal sirven para garantizar la seguridad. Los líderes de las favelas están conectados al tráfico y ejercen claramente el papel asistencialista porque ofrecen todo tipo de servicio a los que no disponen de protección estatal. En la última década ha sido noticiada por la prensa la progresiva sustitución de los traficantes por organizaciones más estructuradas denominadas de milicia. Las milicias son contrarias al consumo y tráfico de drogas. Dominan la población local de otras formas, principalmente asumen el papel asistencialista, antes ejercido por los traficantes, a cambio de la cobranza de tasas por todo los tipos de servicios: agua, gas, seguridad. Por consiguiente, la actuación de los milicianos no se muestra menos agresiva y violenta, en verdad, lo que ocurre es la sustitución

---

<sup>290</sup> RUBIO, David. Pluralismo jurídico e emancipação social. En: WOLKMER (org.) *Pluralismo Jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 61.

de los actores que imponen miedo.<sup>291</sup> La lucha para acabar con los traficantes y con las milicias es ardua. Recientemente las Secretarías de Seguridad Pública de diversas ciudades brasileñas han implementado un proyecto para instalar Unidades de Policía Pacificadora-UPP en las grandes favelas con el objetivo de devolver el control de la vida cotidiana de estos sitios al Estado y a las personas de estas comunidades. Todavía es muy temprano para evaluar los resultados logrados por las Unidades Pacificadoras, lo cierto es que existe gran esperanza y optimismo en torno del proyecto.<sup>292</sup>

La relación entre criminalidad y pluralismo en Brasil es un problema grave que no puede dejar de ser abordado. Muchos de los conflictos de las comunidades surgen y son solucionados con amparo en la ilegalidad. El pluralismo aquí defendido no debe servir para defender estas prácticas. Wolkmer argumenta que existen derechos particulares producidos por una pluralidad de grupos sociales que no son justificables y legítimos pues no son resultados de la voluntad, interés y del bien general, tampoco están dirigidos a la satisfacción justa de las necesidades humanas. La ausencia de valores mínimos y universales relacionados a la ética y la justicia destituye de legitimidad estos “derechos.” La legitimidad de los derechos producido por las subjetividades colectivas emergente depende de determinados criterios límites, íntimamente asociados a lo justo y ético y al respeto a la vida humana. En este contexto las reglas o preceptos normativos con fuerza de ley, producidos por grupos mal intencionados, sin una causa justa o sin criterios éticos limitadores no merecen ser considerados como derechos.

El pluralismo normativo es un hecho antes mismo de ser un ideal o una amenaza para la sociedad. Él está presente en el seno social independientemente del modo que evaluamos sus costos y beneficios. No podemos ser ingenuos al punto de no saber que el reconocimiento o no de ciertas normas sociales está íntimamente conectado con intereses sociales y

---

<sup>291</sup> BARBATO JR., Roberto. Pluralismo jurídico e criminalidade brasileira. En: WOLKMER (org.) *Pluralismo Jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 228-232.

<sup>292</sup> Para mayores detalles, ver: <http://upprj.com>. Acceso en: 13.06.2011.

políticos. Unos desean ese reconocimiento porque esto es favorable para ellos, otros no lo admiten por las mismas razones. Unos afirman que ya existe tal reconocimiento por parte de la jurisprudencia, otros dicen que este reconocimiento es insuficiente.<sup>293</sup>

Lo cierto es que en una época que se caracteriza por la transformación de paradigmas sociales, influenciada por el capitalismo, el multiculturalismo y la globalización, es evidente que la perspectiva monista del Derecho no es suficiente ni adecuada. El pluralismo permite una mejor contemplación de los deseos de la sociedad incluso en el ámbito jurídico porque reconoce normas informales al lado de las formales. Contempla racionalidades distintas y no sólo la científica, lo que favorece la construcción de una lógica más flexible que admite el riesgo y la complejidad. El derecho plural no trabaja con la idea de prioridad absoluta para lograr el éxito de la seguridad jurídica incluso porque el derecho monista que defiende la simplicidad no es simple. Tampoco la seguridad prometida ha sido lograda. A partir de sus presupuestos teóricos el pluralismo revela fuerza y originalidad y puede ser la voz de denuncias, reivindicaciones, rupturas e implementaciones de nuevos derechos. Con eso, aproxima el Derecho de los grupos sociales y permite que de forma participativa y socializada los conflictos sean solucionados.<sup>294</sup>

En ese aspecto el pluralismo es una importante herramienta que sirve de base para lograr un mayor acceso a la justicia en el escenario brasileño. Ese punto de vista está conectado con la utilización de una hermenéutica diferenciada, distante de las teorías hermenéuticas de matriz formal y legalista, que favorece la elaboración de un saber jurídico-normativo adecuado a una justa comprensión del problema concreto. Incentiva esfuerzos para elaborar criterios y procedimientos con la finalidad de producir una buena interpretación en el sentido más exegético posible. Así, el espacio

---

<sup>293</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. Estadualismo, pluralismo e neo-republicanismo. Perplexidades dos nossos dias. En: WOLKMER (org.) *Pluralismo Jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163.

<sup>294</sup> DALANEZE, Sérgio. Contribuição do pluralismo no debate das idéias jurídicas. En: WOLKMER (org.) *Pluralismo Jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 79.



hermenéutico adquiere una dimensión distinta de lo que tradicionalmente le había sido reservado. Rompe con la lógica construida por el saber colonizador y abre espacios para todavía hacer posible la esperanza en la verdadera justicia. De ese modo, las condiciones de posibilidades de comprensión son elaboradas con el otro y a partir de este otro históricamente negado y silenciado.<sup>295</sup>

Por consiguiente, el pluralismo y la hermenéutica emancipadora están relacionados con la utilización de mecanismos complementarios de solución de conflictos porque el uso de procedimientos más simples, menos formales, que utilizan un lenguaje accesible, proporciona una mayor efectividad de los derechos de los ciudadanos y por eso deben ser considerados instrumentos de democratización y modernización de la administración de la justicia en Brasil.

## 2.4 La mediación en Brasil

El origen de la mediación en Brasil se sitúa en la década de los noventa y está vinculado a la tentativa de solucionar los obstáculos de la administración de justicia en el país y la ineficacia de su sistema judicial. Sobre este aspecto es indispensable advertir que la mediación y los otros mecanismos no pueden ser contemplados y potenciados únicamente para rescatar el Poder Judicial de la situación de grave crisis, en otras palabras, no pueden ser “el bálsamo sanador de todas las heridas del sistema judicial.”<sup>296</sup> En verdad, el hecho de incentivar el uso de la mediación no puede responder a una moda pasajera, a una tentativa desesperada de salvar el aludido Poder estatal. Debe ser incentivado porque representa el ejercicio de una ciudadanía

---

<sup>295</sup> LIXA, Ivone. Pluralismo Jurídico: insurgência e resignificação hermenêutica. En: WOLKMER (org.) *Pluralismo Jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125-138.

<sup>296</sup> MARTÍN DIZ, Fernando. *Op. Cit*, 2010, p. 31.

diferenciada, participativa, basada en el diálogo y en la cultura del acuerdo que son fundamentales en la actualidad.

No obstante la falta de legislación específica, en los últimos años, la mediación ha sido desarrollada gradualmente en los ámbitos público y privado. La falta de ley sobre mediación genera opiniones distintas sobre la urgente necesidad de reglamentación de este instrumento y sobre los términos del Proyecto de Ley que está en tramitación en el Congreso Nacional, como será observado más adelante.

La modalidad que se destaca en el entorno brasileño es la mediación comunitaria, utilizada como posibilidad de resolución de conflictos entre personas de baja renta que no tienen condiciones de acceso a la justicia a través de las vías formales. Los beneficios de esta modalidad extrapolan la satisfacción de las partes y han proporcionado un verdadero cambio de mentalidad en las comunidades que desarrollan un proyecto de mediación bien estructurado.

La finalidad de esa investigación es analizar la aplicabilidad de la mediación como mecanismo complementario de administración de justicia. Trabajaremos principalmente con la perspectiva de la mediación en el ámbito público, realizada a través de un sistema institucional de mediación bajo la competencia del Estado en materia de administración de justicia. Eso no significa analizar la aplicabilidad de la mediación dentro de la jurisdicción, intrajudicial, incluso defendemos la separación entre estos institutos. “Son sistemas de justicia, en sentido amplio, de resolución de conflictos en sentido más estricto, complementarios y alternativos, pero desde la más absoluta independencia y separación entre uno y otro.”<sup>297</sup>

En ese marco, el abordaje se concentrará en las iniciativas de distintos órganos del Poder Judicial que han creado proyectos que utilizan la mediación extrajudicial, gratuita, para prevenir y resolver conflictos que todavía

---

<sup>297</sup> MARTÍN DIZ, Fernando. *Op. Cit.*, 2010, p. 277.

no se judicializaron, principalmente en el ámbito de las comunidades carentes del país como forma de incrementar el acceso a la justicia. Estos servicios representan otra alternativa a la jurisdicción estatal en la cual las partes ingresan voluntariamente aunque sea ofrecida por el propio Poder Judicial. Los mediadores que actúan en esas iniciativas varían de acuerdo con cada Proyecto y pueden ser servidores o no del respectivo órgano pero en su gran mayoría son personas que no mantienen vínculos directos con la administración pública.

Esa perspectiva no ignora la actuación de los mediadores independientes en Brasil y de las instituciones privadas que realizan mediación de conflictos y que han conquistado progresivamente el reconocimiento por parte de los jueces y tribunales. Con todo, la falta de legislación para regular la mediación privada ha perjudicado considerablemente el desarrollo de sus actividades.

Esa opción metodológica parte de la constatación de que, en el entorno brasileño actual, cuando la mediación es contemplada bajo la dependencia de un órgano público de justicia permite un mayor control del ejercicio profesional y de la capacitación de los mediadores, de los procedimientos adoptados y proporciona más efectividad a los acuerdos logrados.<sup>298</sup>

Para una mejor comprensión de la mediación en Brasil es imprescindible que sea considerado todo el contexto en el que está inserta. Los diversos países comparten una misma noción general de la mediación y de sus principios pero la aplicabilidad práctica asume características peculiares que están influenciadas por el respectivo entorno. La falta de ley en cierto modo ha

---

<sup>298</sup> En ese sentido aboga Fernando Martín Diz cuando defiende la propuesta de que la mediación se convierta en un sistema institucionalizado de resolución de conflictos en España, complementario al jurisdiccional, bajo el protectorado o dependencia orgánico-funcional de un organismo público. Tres son las figuras orgánicas sobre las que descansa su propuesta: La oficina de Resolución de Conflictos, el Sistema de Mediación Familiar y el Sistema de Mediación Penal. Todas de carácter público, desarrolladas por el Ministerio de Justicia. Para mayores detalles, ver: MARTÍN DIZ, Fernando. *Op. Cit.*, 2010, p. 31.

dificultado pero no ha inviabilizado el apropiado desarrollo de la mediación en el país.

#### 2.4.1 Previsión Legal

El instituto de la mediación está constitucionalmente previsto en Brasil aunque tal previsión no sea expresa. En el preámbulo de la Constitución existe la posibilidad de utilizar la mediación pues el legislador asumió el compromiso de buscar la solución pacífica de las controversias. El preámbulo expresa las ideas políticas, sociales y morales que la Constitución pretende promover, significan una especie de orientación para el legislador futuro que deberá estar comprometido con los valores defendidos en el preámbulo. Así, constitucionalmente la mediación está protegida pero carece de una ley específica para reglamentarla. La realidad de la mediación en Brasil en la actualidad es la siguiente:

De una parte, se observa el gradual desarrollo del instituto de la mediación por medio de programas de acceso a la justicia y de justicia comunitaria implementados por los Tribunales y Organizaciones no gubernamentales, los cuales aproximan la mediación de la sociedad y permiten el reconocimiento de la eficacia del método. Por otra parte, existe la formulación de propuestas legislativas de institucionalización que buscan regular el procedimiento de la mediación de forma minuciosa y exhaustiva, además de hacerla obligatoria en ciertos casos.<sup>299</sup>

Existen diferentes leyes que establecen la mediación como posibilidad de resolución de conflictos,<sup>300</sup> “lo que revela la intención de

---

<sup>299</sup> BARBADO, Michele. Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro. En: *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, p. 196. Traducción del texto original: A realidade que hoje se apresenta é a seguinte: de um lado, observa-se o gradativo desenvolvimento do instituto da mediação por meio de programas de acesso à justiça e de justiça comunitária implementados por Tribunais e Organizações Não-Governamentais, os quais aproximam a mediação da sociedade e permitem o reconhecimento da eficácia do método. Por outro lado, tem-se a formulação de propostas legislativas de institucionalização que buscam regular o procedimento da mediação de forma minuciosa e exhaustiva, além de torná-la compulsória em certos casos.

<sup>300</sup> Estas leyes, en su gran mayoría de naturaleza laboral, incentivan la mediación y otros mecanismos complementarios para la resolución de conflictos individuales y colectivos de trabajo.

implementarla en situaciones determinadas.”<sup>301</sup> No obstante, no existe todavía en el país una ley específica sobre este tema.

La primera tentativa de institucionalización de la mediación en el contexto nacional ocurrió en 1998 con el Proyecto de Ley n. 4.827/98 de la Diputada Zulaiê Cobra. Se trataba de un pequeño Proyecto, con siete artículos, que de forma concisa y clara aseveraba lo que es la Mediación (art. 1º); quien puede ser mediador (art. 2º); mediación judicial o extrajudicial (art. 3º); mediación procesal (art. 4º); acuerdo como Título Ejecutivo Judicial (art. 5º); audiencia de tentativa de mediación (art. 6º) y la publicación de la ley (art. 7º).

De esa manera, se percibe que este Proyecto no tenía la intención de regular el procedimiento de forma detallada. Su característica fundamental se fundaba en la flexibilidad y en el carácter facultativo de la mediación que incluso podría ser utilizada en todas las fases del proceso. Se admitía como mediador cualquier persona capaz, elegida o aceptada por las partes, con formación técnica o experiencia adecuada a la naturaleza del conflicto.

El Instituto Brasileño de Derecho Procesal, presidido por los juristas Kazuo Watanabe y Ada Pellegrini Grinover, y el Orden de los Magistrados de Brasil, propusieron un Anteproyecto para regular la mediación en el país. Esta versión era más detallada y se basaba en el modelo Argentino. Establecía que los mediadores deberían ser abogados, con por lo menos tres años de experiencia, formados y seleccionados por el Orden de los Abogados de Brasil.

En 2003 fue realizada una Audiencia Publica en el Ministerio de Justicia que tubo la participación de diferentes actores sociales, mediadores, abogados, psicólogos, profesores, magistrados, representantes de instituciones de mediación, todos con la intención de contribuir a la definición de las directrices de la Ley de Mediación en Brasil. El resultado fue la unión de los dos

---

<sup>301</sup> BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos e legislação brasileira. Em: *Valor Econômico*, 24 setembro de 2004, Caderno E2.

proyectos en una versión consensuada, que disciplina la mediación en el ámbito del proceso: Proyecto de Ley n. 94/2002.<sup>302</sup>

La versión consensuada de los dos Proyectos fue aprobada en el Senado Federal en 2006, pero, en virtud de los grandes cambios introducidos en el texto original, la propuesta volvió a la Cámara de los Diputados y está aguardando la votación hasta hoy.<sup>303</sup>

De acuerdo con la versión consensuada, la mediación es definida como la actividad técnica ejercida por tercero imparcial que, elegido o aceptado por las partes interesadas, las escucha, orienta y estimula, sin presentar soluciones, con el propósito de incentivar la prevención o la solución del conflicto de modo consensual. Es permitida en todas las materias que admitan la conciliación y podrá versar sobre todo el conflicto o sólo de alguna parte.

Este Proyecto crea la mediación para-procesal como requisito obligatorio al desarrollo regular de determinados procesos de naturaleza civil. Esta destinación de la mediación sólo para resolver conflictos de naturaleza civil que envuelvan derechos negociables no es propia de la mediación en sí. Se trata de una opción política del legislador, que prefirió empezar con la adopción de la mediación para solucionar este tipo de conflicto. En otros países, la mediación es utilizada en otras áreas: penal; para la resolución de conflictos ambientales; en los casos que envuelven al Poder Público; en el sector privado para la resolución de conflictos en la escuela y también cooperativa.<sup>304</sup>

El Proyecto establece cuatro modalidades: mediación previa o mediación incidental (de acuerdo con el momento de realización de la mediación: antes o durante el proceso judicial); mediación judicial o extrajudicial (de acuerdo con la calidad del mediador: judicial o independiente).

---

<sup>302</sup> Disponible en: <http://www.senado.gov.br>. Acceso en: 22.06.2011.

<sup>303</sup> Sobre el proceso legislativo de la Ley de Mediación en Brasil, ver: <http://www.senado.gov.br>. Acceso en 24.06.2011.

<sup>304</sup> SOUZA, Luciane. *Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional*. En: CASELLA, Paulo Borba y otros (Org.). *Mediação de Conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 72.

De este modo, la mediación previa podrá ser judicial o extrajudicial, de acuerdo con la especie de mediador.

Conforme a esta normativa puede ser mediador cualquier persona capaz, de buena conducta, formación técnica y experiencia práctica adecuada a la naturaleza del conflicto. Los mediadores judiciales serán abogados con por lo menos tres años de efectivo ejercicio de actividades jurídicas, capacitados, seleccionados e inscritos en el Registro de Mediadores que será creado por cada Tribunal. Los mediadores extrajudiciales, a su vez, son independientes, también deberán ser seleccionados e inscritos en el mismo Registro.

Las sesiones de mediación deben ser secretas, salvo estipulación en contrario de las partes. La mediación deberá ser realizada en el plazo máximo de 90 días y, caso el acuerdo no sea logrado, continuará el proceso judicial. El acuerdo resultante de la mediación con las respectivas firmas será considerado un Título Ejecutivo Extrajudicial que puede ser homologado por el juez a pedido de las partes.

La versión consensuada todavía crea la figura del co-mediador, profesional auxiliar, especializado en el área del conocimiento correspondiente al litigio, que actuará en colaboración con el mediador. Como regla general, la presencia de este profesional es opcional, sin embargo, es obligatoria en los casos de familia.

Algunos puntos de este Proyecto son controvertidos y merecen críticas. No constituye la finalidad de esta investigación su análisis exhaustivo principalmente porque el Proyecto todavía está en trámite legislativo y podrá cambiar considerablemente su texto.

La primera objeción se refiere al hecho de que el Proyecto de Ley fue estructurado de modo que la mediación es únicamente contemplada como una posibilidad de desahogar el colapsado Poder Judicial. Así, el objetivo de la mediación pasa a ser exclusivamente el acuerdo. El reto de la mediación es mayor que la celebración del acuerdo, ella pretende reestructurar la

comunicación de las partes, establecer el diálogo, pacificar el conflicto. El acuerdo es consecuencia natural de una mediación bien desarrollada.

El Proyecto de Ley, siguiendo el modelo Argentino, establece en el artículo 34 que la mediación incidental será obligatoria, salvo determinados casos estipulados por Ley.<sup>305</sup> Hay quien defiende que el uso obligatorio contribuirá a la diseminación de la cultura de la mediación. Martins Filho, por ejemplo, defiende que la conciliación y la mediación deben ser consideradas como “condición previa al enjuiciamiento de una acción judicial.” Medina, a su vez, afirma que la utilización obligatoria de los mecanismos alternativos de solución de conflictos podría crear una cultura a favor de los mismos y reducir sensiblemente la actual crisis del Poder Judicial.

En contrapartida, algunos estudiosos afirman que la obligatoriedad de la mediación es un verdadero absurdo y contradice el principio basilar de la mediación: la voluntariedad. Lo cierto es que el principio de la libertad de las partes es una característica fundamental de este mecanismo: son las partes quienes deben elegir este método. “Lo que este Proyecto de Ley está proponiendo es una mediación esdrújula que en la práctica consiste en una nueva fase del proceso judicial. Y peor, una fase que será probablemente muy larga y poco productiva.”<sup>306</sup> Martín Diz explica que “La mediación como genuino medio autocompositivo de solución de conflictos ha de desligarse del proceso, ha de ser totalmente autónoma e independiente. Es, con todas las consecuencias, un sistema de justicia.”<sup>307</sup>

---

<sup>305</sup> En Brasil, habrá obligatoriedad sólo en la mediación incidental. En Argentina, la mediación previa es obligatoria en todo juicio de acuerdo con la Ley 24.573 de 1995. Las dos normas crean excepciones a la obligatoriedad. En Brasil, no es necesaria la mediación cuando una de las partes fuera persona de derecho público y la controversia versar sobre derechos indisponibles. En Argentina, a su vez, constituye excepción las causas en que el estado y sus entes administrativos sean parte. Así, en Brasil, será obligatoria la mediación cuando sea parte las personas jurídicas de derecho público, pero la controversia se trata de derechos disponibles.

<sup>306</sup> CARMELINGO, Andre. *Mediação obrigatória*. Disponible en: <http://www.escriptorioonline.com>. Acceso en: 08.07.2011. Traducción del texto original: O que o PL 94/2002 está de fato criando é uma mediação esdrúxula, que na prática nada mais é que uma nova “fase” do processo judicial. E pior, uma fase que provavelmente será muito longa e pouco produtiva.

<sup>307</sup> MARTÍN DIZ, Fernando. *Op. Cit.*, 2010, p. 31.



Juan Carlos Vezzulla también se muestra contrario a la inclusión de la mediación en los procedimientos del Poder Judicial y sostiene que la mediación debe ser un mecanismo privado de resolución de conflictos cuya técnica y cuyos profesionales deben ser elegidos de acuerdo con la voluntad de las partes. Resalta que la desobstrucción del Poder Judicial será alcanzada con la introducción natural de la cultura de la mediación en la sociedad y no a través de su obligatoriedad dentro del Procedimiento.<sup>308</sup> Rodrigues Junior argumenta:

El Ciudadano, idealmente, al elegir cualquier forma alternativa de composición de conflictos, no debe hacerlo por inaccesibilidad o ineficacia del órgano estatal, sino que debe determinar su elección por su libre voluntad. Por eso, no es suficiente instituir otras formas de composición de conflicto y creer que la crisis del Judicial está superada. Los cambios en tal órgano son necesarios y urgentes, pero deben ser conciliados con esta nueva tendencia mundial de resolver conflictos.<sup>309</sup>

La realidad brasileña comprueba que la mediación está siendo diseminada por todo el país de forma voluntaria, a partir de prácticas bien sucedidas, en otras palabras, existen otros mecanismos para divulgar las ventajas de la mediación que no se contradicen con sus principios básicos. Quizás, en un primer momento, la obligatoriedad pudiese contribuir a el incremento de una cultura mediadora en el país, pero las consecuencias de esta medida destituirían de sentido la propia mediación pues esta presupone la voluntariedad de las partes.

La obligatoriedad podría inviabilizar la propia justicia brasileña porque su administración no dispone de una estructura adecuada y de un número suficiente de mediadores capacitados para atender la gran demanda procesal.

---

<sup>308</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. *Op. Cit.* 1999, p. 114.

<sup>309</sup> RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 37. Traducción del texto original: O Cidadão, idealmente, ao escolher qualquer forma alternativa de composição de conflitos, não o deve fazer por inacessibilidade ou ineficiência do órgão estatal, mas deve pautar a escolha pela sua livre vontade. Por isso, não basta instituir outras formas de composição de conflitos e a creditar que a crise do Judiciário estará superada. As mudanças em tal órgão não necessárias e urgentes, mas devem ser conciliadas com essa nova tendência mundial de resolverem conflitos.

La versión consensuada del Proyecto de Ley aduce en el artículo 42 que todos los mediadores deben ser remunerados pero no indicó quien debe remunerarlos en el caso de los beneficiarios de la asistencia jurídica gratuita, lo que es una cuestión de las más significativas, ya que no se podrá depender sólo de la actuación de voluntarios para que el sistema funcione de forma a atender la demanda, y, evidentemente, si el sistema funciona bien, el mayor numero de interesados, posiblemente, será de personas carentes, hoy predominantemente excluidas del sistema judicial de resolución de litigios.<sup>310</sup>

Las cuestiones económicas derivadas de la aprobación definitiva de este Proyecto deben ser discutidas, pues, caso contrario, la Ley de Mediación no tendrá la eficacia deseada. Por tanto, es fundamental crear formas de financiación de entidades de mediación autónomas y de la propia mediación dentro del proceso judicial; instituir políticas de estímulo al voluntariado; conquistar el apoyo de instituciones públicas, privadas y ONGS. Estos recursos son esenciales para promover la capacitación adecuada de los mediadores y financiar investigaciones de calidad sobre el tema.

Otra crítica se refiere “a la existencia de una excesiva preocupación con el formalismo y nominalismo de ciertas especies de mediación”<sup>311</sup> que no son compatibles con la mediación. Así el proceso de mediación debe estar libre de formalidades excesivas para que no sea rígido. Por ejemplo, se establece el plazo de 90 días para la conclusión de la mediación, lo que puede no ser adecuado en algunos casos.

Del mismo modo, merece mayores reflexiones el requisito formal para los mediadores judiciales el título de graduación en Derecho y la experiencia mínima de tres años en el área jurídica. La interdisciplinariedad es una de las principales características de la mediación y la participación de personas de diferentes ramas científicas contribuye a su perfeccionamiento y eficacia. Esto porque los conflictos casi nunca son solamente jurídicos, en verdad, contienen aspectos psicológicos, sociales, financieros.

---

<sup>310</sup> SOUZA, Luciane. *Op. Cit.*, 2009, p. 80.

<sup>311</sup> TARTUCE, Fernanda. *Op Cit.*, 2008, p. 261

En virtud de lo expuesto, algunos estudiosos de la mediación defienden que la publicación de esta ley no atenderá la necesidad de reglamentar la mediación de forma adecuada, al contrario, podrá perjudicar el proceso de diseminación de la mediación en Brasil que ocurre progresiva y naturalmente en la sociedad como método eficaz de solución de disputas.

En la actualidad un ciudadano brasileño decide resolver sus conflictos a través de la mediación de forma libre, sin imposiciones. La propagación de sus ventajas es realizada por las personas que participan del procedimiento en las distintas experiencias prácticas que están siendo desarrolladas en el país. Por tanto, la construcción de una cultura de mediación ha sido desarrollada espontáneamente con la participación activa de la población. En ese aspecto, el miedo a la obligatoriedad de la mediación impuesta por el reglamento normativo que está en tramitación en el Congreso Nacional es real. El efecto puede ser negativo y ocasionar el descrédito de las personas en relación con la mediación.

De modo informal y descentralizado se ha desarrollado en Brasil la formación de una nueva mentalidad colectiva según la que existen conflictos que pueden ser resueltos por medio de la solución consensuada, basada en el diálogo. Evidente que la concretización definitiva de esta mentalidad pasa por etapas progresivas de diseminación de una cultura de mediación que, en la realidad brasileña, todavía hay que superar el déficit de información de gran parte de las personas.

Las propuestas pioneras e innovadoras de diferentes entidades particulares, gubernamentales y de Tribunales de Justicia de Brasil que utilizan la mediación han iniciado este proceso que será largo y arduo. Quizá no sea el momento adecuado para interferir en el desarrollo natural de la mediación, institucionalizando este instrumento a través de este Proyecto de ley rígido y formal, que establece la mediación como modalidad obligatoria.

Sin embargo, la ausencia de ley también perjudica el adecuado desarrollo de la mediación en el país. Faltan parámetros legales para saber

efectivamente lo que es y lo que no es la mediación, en cuales conflictos puede ser aplicada, como debe ser formalizado un contrato de mediación, cuales son los requisitos para el ejercicio de la función de mediador, criterios para la capacitación mínima de este profesional, institutos jurídicos que garanticen la imparcialidad y la ética de los mediadores y otras deficiencias que podrían ser amenizadas con una ley específica sobre la mediación de conflictos.

Lo ideal sería que el Proyecto en tramitación fuese ampliamente discutido entre los estudiosos y entusiastas de la mediación para adecuarlo a la realidad brasileña. Los principios basilares de la mediación no pueden ser olvidados, principalmente la voluntariedad y la interdisciplinariedad. Tampoco la mediación puede ser vislumbrada sólo como mecanismo para salvar el atascado Poder Judicial del país.

Antes de la publicación de esta ley es importante fomentar el cambio de mentalidad entre los profesionales de las áreas del conocimiento que mantienen relación con la mediación, especialmente del ámbito jurídico. Además, es preciso considerar la necesidad de una ardua labor para capacitar con calidad los mediadores que ya realizan la mediación en el país y los futuros mediadores. Por fin, es imprescindible el desarrollo de mecanismos para divulgar de un modo claro la mediación, su campo de actuación y sus beneficios para los ciudadanos.

Aunque no exista ley específica de mediación en Brasil, el Consejo Nacional de Justicia ha desarrollado un papel fundamental para incentivar el uso de la mediación. En 29 de noviembre de 2010 publicó la Resolución 125 que dispone sobre la Política Judicial Nacional de tratamiento adecuado de los conflictos de intereses en el ámbito del Poder Judicial e introduce los mecanismos consensuales, principalmente la mediación y la conciliación en las actividades de la administración de justicia.<sup>312</sup>

---

<sup>312</sup> El Consejo Nacional de Justicia ha desempeñado un papel fundamental en el desarrollo de esta política pues consiste en el órgano competente para: organizar acciones de incentivo a la autocomposición de los conflictos que deben tener la participación de todos los órganos del Poder Judicial e incluso la participación de entidades públicas y privadas asociadas, principalmente de las Universidades. El Consejo debe establecer las directrices para la

El interés de desarrollar esta política pública nació de la constatación de que existían experiencias institucionalizadas en diversos órganos del Poder Judicial que utilizaban mecanismos consensuales en la solución de los conflictos pero no había uniformidad entre estas iniciativas y tampoco parámetros de calidad para su buen funcionamiento. El ejercicio de la función de los conciliadores y mediadores variaba de un Estado brasileño para otro así como los criterios de capacitación y remuneración de estos individuos. Por tanto, la Política Nacional instituida por medio de la Resolución 125 surgió de la urgente necesidad de conocer, promover y estandarizar las prácticas de mediación y conciliación desarrolladas en el ámbito de todo el Poder Judicial del país. En resumen, para que estos mecanismos sean correctamente utilizados y promuevan el acceso a la justicia y un orden jurídico justo, de hecho, es esencial establecer una política pública nacional que garantice un mínimo de organicidad, calidad y control de estas prácticas.

El incentivo a estas prácticas también es fruto de la constatación de que la conciliación y la mediación son instrumentos que promueven la pacificación social, la solución y prevención de litigios y que su adecuada utilización en proyectos ya consolidados en el país ha proporcionado una expresiva reducción de la judicialización de los conflictos de interés, de la cantidad de recursos y de ejecución de sentencias.

Tal política pública, definida como Política Judicial Nacional, tiene como finalidad el tratamiento de los conflictos de intereses de modo que asegure el derecho de los ciudadanos de resolver sus conflictos a través de mecanismos adecuados a su naturaleza y peculiaridad. En este sentido, los

---

implementación de la Política Nacional de tratamiento adecuado de los conflictos, determinando la competencia de los Tribunales; desarrollar el contenido mínimo y las acciones para la capacitaciones de los responsables de las mediaciones y conciliaciones y los otros facilitadores de la solución consensual de controversias; establecer que las actividades que envuelvan los mecanismos complementarios de solución de conflictos sean consideradas en las promociones de los magistrados a través del criterio de merecimiento; regular el Código de Ética correspondiente; batallar para que las instituciones de enseñanza divulguen estas prácticas con la creación de disciplinas sobre la materia, incluso en el curso de formación y perfeccionamiento de los magistrados; establecer la interlocución entre el orden de los abogados de Brasil y los demás órganos que forman parte de la administración de justicia en el sentido de incentivar la participación en la actuación y prevención de disputas. Sobre la Resolución 125 del CNJ ver: <http://www.cnj.jus.br>. Acceso en: 17.07.2011.

órganos jurisdiccionales de todo el país deben implementar la mediación y la conciliación para ofrecer un servicio más completo de atención y orientación de los ciudadanos. En la implementación de esta política debe ser buscada la buena calidad de los servicios y la disseminación de una nueva mentalidad sobre los mecanismos complementarios de solución de conflictos en la sociedad de un modo general y, más específicamente, en el ámbito jurídico. Deben ser definidos criterios para la capacitación, formación y actualización de mediadores y conciliadores, estipulando un contenido y una carga horaria mínima para que sean creados cuadros de profesionales verdaderamente capacitados. Los mediadores y conciliadores serán servidores de la justicia y personas independientes que deberán estar debidamente registradas. Para que haya un acompañamiento eficaz del desarrollo de la presente política pública debe instituirse una estadística bien estructurada que alcance todo el territorio nacional y unifique los datos.

La Resolución 125 del Consejo Nacional de Justicia estableció que todos los Tribunales están obligados a crear Núcleos Permanentes de Métodos Consensuales de Solución de Conflictos para desarrollar la política antes mencionada, principalmente en lo tocante a la formación y capacitación de los mediadores y conciliadores, su remuneración y manutención de un Registro General. También deben ser creados Centros Judiciales de Solución de Conflictos y Ciudadanía para realizar las sesiones de conciliación o mediación de los procesos provenientes de los juicios con competencia para resolver conflictos que pueden ser solucionados a través de los mecanismos complementarios.

Los retos previstos en esta Resolución están siendo implementados en todo el territorio nacional. Todavía es muy temprano para lograr conclusiones precisas, pero podemos afirmar que si fueren respetadas las intenciones de tal normativa habrá una mejora considerable en la administración de las disputas. Además de crear un importante filtro de litigios, estimulará en nivel nacional, no sólo entre los profesionales de Derecho, sino también entre los propios ciudadanos, la solución negociada y amigable de los conflictos. Esa cultura tendrá numerosos reflejos en términos de mayor

cohesión social y determinará cambios importantes en la sociedad y de un modo más específico en la formación de los abogados.

A pesar del futuro prometedor delineado por la Resolución 125 es importante registrar que sus disposiciones no alcanzan la actividad de los mediadores y conciliadores independientes que actúan fuera del ámbito judicial. Sin duda es muy saludable que el Consejo Nacional de Justicia incentive la utilización de estos mecanismos como forma de democratización y modernización de los procedimientos judiciales, sin embargo el Estado también necesita tratar de forma adecuada la situación de los mediadores y conciliadores cuyas actividades continúan desamparadas legalmente.

#### **2.4.2 Cambio de mentalidad**

La inserción de una Ley de Mediación, ampliamente discutida y analizada, sería fundamental para una mejor aplicabilidad del instituto en Brasil. No obstante, además de reglamentar la mediación a través de una ley específica, es necesario un verdadero cambio de mentalidad para transformar la cultura del litigio tan arraigada en la sociedad.

Para fomentar la cultura mediadora en la sociedad es imprescindible que sean utilizados instrumentos de concientización sobre estos mecanismos. El poder público necesita desarrollar políticas articuladas y globales para incrementar las prácticas ya existentes, perfeccionándolas, y crear nuevos proyectos con este propósito. La iniciativa privada debe seguir por el mismo camino y ambas precisan establecer un diálogo intenso con la comunidad científica para trazar planes estratégicos efectivos.

La comunidad científica también tiene responsabilidad en ese proceso y por eso necesita ampliar y democratizar los debates sobre el tema de los mecanismos complementarios de solución de conflictos para conectar

los diversos saberes en beneficio del adecuado desarrollo de estas técnicas. Un punto clave es la necesidad de mayor esclarecimiento sobre las diferencias entre tales mecanismos que a menudo son confundidos en Brasil.

Diseminar la cultura mediadora en un país de dimensiones continentales no consiste en una tarea simple. Los medios de comunicación pueden colaborar inmensamente para la consolidación de la cultura aquí defendida y contribuir a la inclusión del ciudadano en un sistema de distribución de justicia diversificado.

Seguramente tardará mucho tiempo hasta que la cultura consensual sea consolidada en el escenario nacional porque todavía permea en el imaginario de la población la idea de que el monopolio estatal es la posibilidad más segura para resolver sus problemas. Las personas suelen acreditar que el mejor camino sea la vía heterocompositiva a través del Poder Judicial, aunque sepan que el Estado brasileño no es capaz de ofrecer una tutela jurisdiccional efectiva en la actualidad. Para Fiuza: "(...) la cultura brasileña transformó el Estado en padre y madre de todos. De ello dependemos para todo. Él es el culpado por todos nuestros males y, también, el único bienhechor."<sup>313</sup>

A día de hoy se constata que la mayor parte de sociedad aún no despertó a su capacidad de resolver conflictos y al potencial transformador que eso puede generar a largo plazo. La mediación escolar, modalidad que ha sido poco explotada en Brasil,<sup>314</sup> puede ser muy útil para estimular la concientización de la sociedad porque los ciudadanos aprenden en la infancia estrategias para mejorar la convivencia por medio del diálogo y la importancia de ser el protagonista de la solución de sus propios problemas.

---

<sup>313</sup> FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 217.

Traducción del texto original: a cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por nossos males e, também, o único benfeitor.

<sup>314</sup> Sobre La mediación escolar en Brasil, ver: SALES, Lilia. *Mediação Escolar: Inclusão e Pacificação dos Jovens pela comunicação*. Disponible en: <http://www.mediacaobrasil.org.br>. Acceso en: 03/07/2011.



La efectividad de la mediación como práctica a servicio de la justicia demanda cambios culturales en el modo de encarar el conflicto. O sea, que no se privilegie: la lógica dual cultural culpado/inocente, cierto/errado; el inmediatismo de las soluciones; la transferencia a terceros de la responsabilidad de solución de los propios problemas.<sup>315</sup>

Los conflictos, incluso los que no presentan un carácter eminentemente jurídico, tienden a judicializarse a través de la lógica adversativa. Muchos ciudadanos y sus respectivos abogados buscan únicamente ganar la disputa y no pacificar el conflicto:

Los ciudadanos van a los juzgados “a ganar” y no a resolver su conflicto”. Se confunde lo que supone ganar y resolver el conflicto, como si ambas cosas fuesen lo mismo, y ello no es así, en absoluto. Vivimos inmersos en una sociedad claramente competitiva y todo lo analizamos de esta perspectiva, que implica el binomio “ganar-perder,” y eso nos lleva a olvidarnos de una excelente manera de resolver y gestionar conflictos que es el pacto, la negociación, el consenso, el acuerdo.<sup>316</sup>

Este cambio de mentalidad en el ámbito jurídico debe ser iniciado en las propias Universidades, pues son responsables de la formación de los operadores del Derecho. Es preciso renovar los planes de estudio y las metodologías pedagógicas obsoletas que han generado una deficiente formación profesional.

Santos propone la lectura del ordenamiento jurídico en conjunto con los problemas sociales, por medio del diálogo de los conocimientos jurídicos, populares y científicos, buscando una educación jurídica intercultural, interdisciplinar y profundamente imbuida de la idea de responsabilidad ciudadana.<sup>317</sup> Esta revolución debe ocurrir tanto en la graduación como en la

---

<sup>315</sup> PINTO, Ana Célia. O conflito familiar na justiça: Mediação e o exercício dos papéis. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 62, p.64-71, mar., 2001. Traducción del texto original: A efetivação como prática a serviço da Justiça demanda mudanças culturais na forma de encarar o conflito. Ou seja, que se deixe de privilegiar; a lógica dual cultural culpado/inocente, certo/errado; o imediatismo de soluções; a transferência para terceiros da responsabilidade de solução dos próprios problemas.

<sup>316</sup> MEJÍAS, Juan Francisco. *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*. Madrid: El Derecho y Quantor, 2009, p. 60.

<sup>317</sup> SANTOS, Boaventura. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

Este autor ha abordado el tema del papel de las Universidades para la construcción de una cultura jurídica más adecuada y propone un verdadero cambio para las propuestas educacionales. En 1994 publicó la obra “*Pela mão de Alice*” en la que aborda los tres crises

post graduación y debe ser implementada en la enseñanza, en la investigación y en la extensión.

La enseñanza del Derecho en Brasil todavía está dirigida hacia la acumulación de conocimientos y teorías dogmáticas. Cuando estos contenidos son ministrados de forma aislada no desarrollan la capacidad crítica de los alumnos que son considerados como meros receptores del conocimiento existente. Aprender sólo las reglas del ordenamiento jurídico, sus leyes y codificaciones no posibilita a los alumnos la comprensión de la ciencia jurídica como un todo, integrada y dependiente de la sociedad que le construye.<sup>318</sup>

Ante esta realidad, es preciso promover la interacción entre el ordenamiento jurídico y sus prácticas con los problemas sociales e incentivar la emancipación de los participantes del diálogo del saber jurídico popular y científico para la aplicación edificante de la ciencia jurídica. De este modo la enseñanza jurídica deja de ser un fin en sí misma y se convierte en verdadero instrumento de transformación social porque estará asociada a las aspiraciones de la sociedad.

La comprensión del Derecho exige un tratamiento interdisciplinar ya que no existe conocimiento independiente. Así, las distintas ramas de la ciencia

---

que afectaban la Universidad en el siglo XX: la crisis de la hegemonía, la crisis de la legitimidad y la crisis institucional. Diez años después el autor publicó la obra: "*La universidad en el siglo XXI: para una reforma democrática y emancipadora de la Universidad*" en la que analiza los cambios ocurridos en estos años y cuáles son las respuestas posibles para los problemas enfrentados por las universidades. Ver:

SANTOS, Boaventura. *Pela mão de Alice - o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994.

\_\_\_\_\_. *A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade*. São Paulo: Cortez, 2004.

<sup>318</sup> Santos defiende que las Facultades de Derecho pauten sus programas de estudio en una "ecología de los saberes" para una comprensión adecuada de que el Derecho es mucho más amplio que la norma jurídica en sí misma. La ecología de los saberes indica que la lógica de la mono cultura del saber y del rigor científico deberán ser cuestionadas por la identificación de otros saberes y de otros criterios de rigor que operan en contextos y prácticas sociales declaradas no-existentes por la razón metonímica. Defiende que los saberes son incompletos y la necesidad de confrontación y de diálogo entre los distintos saberes, sustituyendo, de este modo, la mono cultura del saber científico por una "ecología de los saberes". Para mayores informaciones, ver:

SANTOS, Boaventura. *Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências*. En: Barreira, César (Ed.), *Sociologia e Conhecimento além das Fronteiras*. Porto Alegre: Tomo Editorial. También Disponible en: <http://www.ces.uc.pt>. Acceso en: 01.08.2011.

interrelacionadas posibilitan una formación más completa y humanística de los abogados. Una tendencia mundial que ha sido utilizada para modernizar la enseñanza del Derecho y conectarla con otros saberes científicos está relacionada con los principales mecanismos complementarios para la resolución pacífica de los conflictos. La mediación, tema central de esta investigación, aproxima el Derecho a la Psicología, a la Sociología y a la antropología y eso favorece un abordaje más completo de los conflictos.

Ruiz argumenta que, infelizmente, en muchos casos, el propio abogado representa un obstáculo a la solución pacífica del conflicto porque este profesional todavía insiste en defender su discurso legal y jurídico con la finalidad de derrotar al otro y, al final, triunfar como victorioso de la causa, aunque esta no sea la mejor solución. Esto se debe a la ausencia de una metodología interdisciplinar para lograr una formación más humanística, en la que se trabajasen las soluciones pacíficas, no adversativas, en detrimento del estricto tecnicismo legal. El discurso jurídico del abogado en muchos casos no corresponde o refleja, con autenticidad, el interés real de su cliente, y, es en este desajuste que se verifica el triunfo de la ley sobre la propia justicia.<sup>319</sup>

¿Cómo podemos conseguir de los operadores del Derecho una postura diferente, no conservadora, si la enseñanza jurídica del país no camina en el sentido de divulgar las diferentes posibilidades de solución de los conflictos? La enseñanza dogmática y tradicional que vislumbra la solución de los conflictos únicamente por medio del sistema adversativo de la justicia afecta la labor de abogados y jueces y, en consecuencia, perjudica a los ciudadanos. La ignorancia sobre estos mecanismos

puede derivar en el desprecio o prejuicio de la utilidad de estos métodos; el generalizado temor a ver reducidos sus ingresos económicos, a la pérdida del control sobre el caso y sobre el cliente o al menoscabo de su imagen; la visión y la formación adversativa del abogado, la creencia que su rol batallador- calidad importante- le

---

<sup>319</sup> RUIZ, Ivan. A mediação no Direito de Família e o acesso à justiça. En: CASELLA, Paulo y otros (Org.). *Mediação de Conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 294.

impide adoptar una postura componedora y conciliadora en situaciones que así lo aconsejarían.<sup>320</sup>

El abogado moderno debería presentar un abanico de posibilidades para que sus clientes pudiesen decidir libremente cual es el método que mejor le conviene para defender sus intereses. Incluso esta es la perspectiva que inspira el Código de Ética de los Abogados que establece en su artículo 2 que este profesional debe estimular la conciliación entre los litigantes, previniendo, siempre que posible, la instauración de litigios.<sup>321</sup>

Tradicionalmente esta no ha sido la mentalidad divulgada en la gran mayoría de las Facultades de Derecho de Brasil, pero este escenario empieza a cambiar. A día de hoy la formación excesivamente técnica y legalista abre espacio a una perspectiva consensual y forma abogados más negociadores, sin embargo, la cultura del litigio sigue predominante.

La Resolución 09 del Consejo Nacional de Educación de 9 de septiembre de 2004 fija las directrices curriculares y determina que el contenido mínimo del Curso de Derecho debe ser formado por asignaturas teóricas y prácticas. Algunas asignaturas son consideradas fundamentales y deben necesariamente existir en la matriz curricular. Infelizmente, la asignatura sobre los mecanismos complementarios de solución de conflictos no forma parte de este rol y en muchos casos su contenido es reducido para ser impartido dentro de la asignatura de la teoría general del proceso civil.<sup>322</sup>

---

<sup>320</sup> CAIVANO, Roque J; GOBBI. Y otros. *Negociación y Mediación*. Buenos Aires: Ad hoc, 1997, p. 71.

<sup>321</sup> Código de Ética disponible en: <http://www.oab.org.br>. Acceso en: 07/09/2011.

<sup>322</sup> Art. 6º O conteúdo mínimo do curso jurídico, além do estágio, compreenderá as seguintes matérias que podem estar contidas em uma ou mais disciplinas do currículo pleno de cada curso:

I - Fundamentais: Introdução ao Direito, Filosofia (geral e jurídica, ética geral e profissional), Sociologia (geral e jurídica), Economia e Ciência Política (com teoria do Estado);

II – Profissionalizantes: Direito Constitucional, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Processual Civil, Direito Processual Penal, Direito do Trabalho, Direito Comercial e Direito Internacional.

Parágrafo único. As demais matérias e novos direitos serão incluídos nas disciplinas em que se desdobrar o currículo pleno de cada curso, de acordo com suas peculiaridades e com observância de interdisciplinaridade. Disponível en: <http://www.oab.org.br>. Acceso en: 17/08/2011.

Esta misma normativa establece los requisitos para las actividades de las prácticas jurídicas, que son obligatorias para que el alumno logre el título de graduación. El texto establece que tales actividades incluyen la redacción de peticiones, rutinas procesales, asistencia y actuación en audiencias, visitas a los órganos judiciales, prestación de servicios jurídicos y técnicas de negociación colectivas, arbitrajes y conciliación.<sup>323</sup> O sea, no menciona de forma expresa la mediación de conflictos, lo que corrobora lo dicho anteriormente sobre la confusión existente entre las nomenclaturas, características y objetivos de los distintos mecanismos complementarios.

El Ministerio de Educación ha reconocido la importancia de introducir en los Cursos de Derecho una visión más vasta de los conflictos y de sus modos de solución, por eso ha incentivado que las Instituciones de Enseñanza Superior difundan ampliamente los supra mencionados mecanismos. Incluso, la enseñanza teórica y práctica de estos sistemas ha sido utilizada como criterio de atribución de calidad para la respectiva institución.<sup>324</sup>

Con eso, el Ministerio de Educación ha contribuido a la divulgación de la mediación en el ámbito académico y ha incentivado que las Facultades de Derecho promuevan un mayor aprendizaje sobre estos mecanismos, aunque tal aprendizaje se constituya mucho más en el plano empírico, en las asignaturas curriculares obligatorias de prácticas jurídicas, que en el plano teórico, lo que genera un déficit de conocimiento adecuado por parte de los estudiantes sobre la teoría de estos instrumentos.<sup>325</sup>

---

<sup>323</sup> Art. 11. As atividades do estágio supervisionado serão exclusivamente práticas, incluindo redação de peças processuais e profissionais, rotinas processuais, assistência e atuação em audiências e sessões, vistas a órgãos judiciários, prestação de serviços jurídicos e técnicas de negociações coletivas, arbitragens e conciliação, sob o controle, orientação e avaliação do núcleo de prática jurídica.

<sup>324</sup> Las normas del Ministerio de Educación- MEC n. 3.381/2004 y 484/2005 determinan expresamente que las actividades de las prácticas jurídicas deben incluir la negociación, conciliación, mediación y arbitraje. Para lograr en el proceso de reconocimiento del Curso el concepto máximo "A" del Ministerio de Educación es imprescindible el desarrollo de estos mecanismos.

Disponibile en: <http://portal.mec.gov.br>. Acceso en: 22.08.2011.

<sup>325</sup> El Ministerio de Justicia creó en 2008 el Proyecto "Pacificar" que tiene como objetivo primordial implementar, fortalecer y divulgar la mediación y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos en el ámbito de las Facultades de Derecho, contribuyendo para una formación ciudadana de los estudiantes, orientada por los Derechos Humanos, y dirigida a construir una cultura jurídica comprometida con los deseos de la comunidad desde una

El Orden de los Abogados de Brasil-OAB reconoce esta deficiencia y por eso el Consejo Federal creó en 2008 una comisión especial para estudiar estrategias para propagar entre los abogados los beneficios ofrecidos por los medios consensuales de solución de conflictos.<sup>326</sup> El Orden ha laborado arduamente para convencer a sus asociados de que la utilización de estos medios no representa necesariamente una pérdida de espacio, en verdad puede representar otros campos de actuación.

Una enseñanza jurídica que contemple los distintos mecanismos complementarios contribuye a la formación no sólo de los abogados sino de todos los operadores del Derecho, principalmente de los futuros jueces, los cuales deberán mantenerse actualizados para atender las necesidades sociales que cambian constantemente en la sociedad. Los jueces brasileños han sentido la fuerte presión social por el reconocimiento de las prácticas de solución pacífica de los conflictos e incluso han promovido acciones con esta finalidad.<sup>327</sup>

Por tanto, la configuración en Brasil de una cultura jurídica dirigida hacia los mecanismos complementarios en general y para la mediación en particular depende del empeño de las Facultades de Derecho para construir una mentalidad innovadora de sus operadores. Un dato muy relevante en este sentido se refiera a la cantidad inmensa de Cursos de Derecho que están funcionando en el país. De acuerdo con los datos del Ministerio de Educación y del Orden de los Abogados, actualmente funcionan 1210 Facultades de Derecho en Brasil.<sup>328</sup> A partir de esta constatación han sido promovido esfuerzos mutuos de importantes órganos de diferentes sectores de la

---

perspectiva de la emancipación social. El Proyecto “Pacificar” selecciona y financia iniciativas de Núcleos de Práctica Jurídicas de distintas Facultades de Derecho que utilizan estos mecanismos. Disponible en:

<http://portal.mj.gov.br>. Acceso en: 24.08.2011.

<sup>326</sup> Sobre la Comisión Especial, ver: <http://www.oab.org.br>. Acceso en: 24.08.2011.

<sup>327</sup> La escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de los Magistrados y el Ministerio de Justicia firmaron convenio en 2008 para trabajar en conjunto para consolidar una cultura nacional de pacificación de los conflictos. Para eso están promoviendo cursos de capacitación y perfeccionamiento en técnicas de composición, especialmente en mediación, para los magistrados de todo el país. Noticia disponible en: <http://www.amb.com.br>. Acceso en: 28.08.2011.

<sup>328</sup> Datos disponibles en: <http://www.oab.org.br/>. Acceso en 13/12/2011.

comunidad científica para analizar tal fenómeno de forma crítica e implementar providencias para controlar este número y la calidad de la enseñanza en estas instituciones.

Ante esta realidad, no podemos dejar de reflexionar: ¿El número exacerbado de Facultades de Derecho es bueno para la sociedad brasileña? ¿De qué forma tal fenómeno contribuye al exceso de judicialización de los conflictos? A lo mejor la estadística corrobora la idea aquí defendida de que es urgente la necesidad de formar abogados capacitados en las diversas modalidades de solución de conflictos. Emiliano Carretero explica que:

(...) hay que tratar de informar y formar a los abogados sobre el objeto y finalidad de estos “nuevos” métodos de solventar disputas, lo que además les va a proporcionar una nueva óptica a la hora de abordar los conflictos que puedan plantearles sus clientes. El cliente, normalmente, no desea o busca que el abogado gane el pleito en los tribunales, lo que realmente pretende es que le solucione su problema, independientemente de cómo se haga, y si para ello el abogado consigue evitar la judicialización del conflicto, con el subsiguiente ahorro de costes de todo tipo que conlleva, posiblemente el abogado habrá ganado un cliente para toda la vida. Se trata de intentar cambiar la visión clásica de la figura del abogado que ha de pasar de ser un mero litigador ante los tribunales a un asistente legal que habrá de aconsejar a su cliente acerca de cuál es el método que él entiende idóneo o más adecuado para gestionar su problema concreto, derivando al mismo al servicio que corresponda, en su caso, y asesorándole durante su desarrollo, habiendo finalmente de dar forma jurídica al acuerdo alcanzado se fuere necesario, por lo que no es que se prescinda en ningún caso de su intervención, sino que, simplemente, la misma se configura de forma distinta.<sup>329</sup>

De lo expuesto anteriormente, podemos concluir que la cuestión cultural es una de las mayores dificultades para la institucionalización de la mediación y de otros mecanismos de solución de conflictos en Brasil. Las propuestas para superarlas dependen especialmente de los cambios en el ámbito jurídico para formar profesionales conectados con las aspiraciones de la sociedad moderna que desean una justicia más simple, humana y efectiva.

---

<sup>329</sup> CARRETERO, Emiliano. La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. En: SOLETO, Helena (Dir.). *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos, 2011, p.64-65.

## 2.5 Mediación Comunitaria en Brasil

### 2.5.1 Concepto de comunidad y comunitarismo

Antes de analizar las peculiaridades de la mediación comunitaria en Brasil es fundamental definir un concepto para comunidad. La palabra comunidad tiene su origen en el término latino *communitas*. Su concepto, igual que muchos de los conceptos de las ciencias sociales, no es unívoco ni tampoco universal. En verdad, la palabra comunidad es polisémica, puede ser utilizada en distintos contextos, pero existe un elemento común en todos sus sentidos: la referencia a la cualidad de común, sea de personas que forman parte de un pueblo, nación, o conjunto de países o simplemente de personas que tienen interés y modo de vivir comunes.

Ferdinand Tönnies fue uno de los primeros sociólogos que se dedicó al estudio de la comunidad. En su obra *Gemeinschaft und Gesellschaft*, publicada en 1887, Tönnies desarrolla un estudio sobre la distinción de comunidad y sociedad, considerándolas dos formas opuestas de organización mutuamente excluyentes, que se basan sobre dos tipos de voluntad humana distintas: la voluntad "reflexionada" y la voluntad "orgánica." Tönnies enumera tres tipos de comunidades que se forman sobre: la base de las relaciones parentales, de vecindario o de amistad.

Así, el concepto de comunidad desarrollado en el siglo XIX mantenía relación con el sentido de proximidad geográfica que proporcionaba vínculos más estrechos entre los individuos. Las comunidades eran consideradas formas de asociación de diversas naturalezas que se oponían a la sociedad como forma de organización más amplia.

Los estudios sobre comunidad que se siguieron, desarrollado por pensadores considerados como clásicos en el tema, apuntan, cada uno a su modo, características bastante rigurosas para que determinado agrupamiento



social fuese considerado una comunidad. Por supuesto, no existía y no existe en la actualidad consenso sobre las características fundamentales de comunidad.

Los estudiosos, principalmente sociólogos, fueron perfeccionando y añadiendo características que a su tiempo parecían necesarias para la determinación de una comunidad. Peruzzo resalta el conjunto de las principales condiciones básicas suscitadas por dichos estudiosos para la existencia de una comunidad:

- a) Un proceso de vida en común a través de relacionamientos e interacción intensos entre sus miembros,
- b) Auto-suficiencia (las relaciones sociales pueden ser satisfechas dentro de la propia comunidad,
- c) Cultura común,
- d) Objetivos comunes,
- e) Identidad natural y espontánea ante los intereses de sus miembros,
- f) Conciencia de sus singularidades identificativas,
- g) Sentimiento de pertenecer a la comunidad,
- h) Participación activa de sus miembros,
- i) Locus territorial específico,
- j) Lenguaje común.<sup>330</sup>

Estos rasgos configuran un tipo de comunidad tan perfecta, tan ideal, que sería difícil su existencia en las sociedades contemporáneas, especialmente las nociones de territorialidad, auto-suficiencia e identidad casi total como era concebida. Si vecindad y parentesco eran aspectos predominantes para definir una comunidad, hoy constituyen algunos de los muchos modelos posibles de las redes sociales.

---

<sup>330</sup> PERUZZO, Cecilia. *Comunidades em tempo de redes*. Disponible en: <http://www.ciciliaperuzzo.pro.br>. Acceso en: 07/09/2011.

Sin embargo, no se pueden despreciar las descubiertas por los clásicos, al contrario, hay que adecuarlas a la realidad actual y ampliar el concepto de comunidad a la moderna concepción de un mundo globalizado y tecnológico. Así, no es necesario que todos los elementos apuntados estén presentes, pero algunos de ellos todavía permanecen como elementos importantes para caracterizar las comunidades: sentimiento de formar parte de la comunidad, la interacción, carácter cooperativo, confluencia de intereses, la participación. Por tanto, el concepto de comunidad ha cambiado considerablemente de sentido. Bauman enfatiza que

Comunidad es una de esas palabras que producen una buena sensación: está bien tener una comunidad, estar en una comunidad. Y la sensación que transmite la palabra comunidad es buena porque todos los significados que conlleva prometen placeres y frecuentemente los tipos de placeres que a uno le gustaría experimentar pero que parece echar de menos.<sup>331</sup>

Así, la comunidad es un lugar que transmite una buena sensación: que hacemos parte de algo mayor. Se trata de un lugar cálido, acogedor y confortable, que nos transmite confianza y seguridad. Pero este concepto de comunidad que habita nuestro imaginario es distinto de la comunidad que existe en la realidad.

La comunidad real que se presenta en el mundo global y multicultural que vivimos representa un espacio de lucha, de inseguridad. Para Bauman “se trata de un paraíso perdido o un paraíso que todavía se tiene la esperanza de encontrar”<sup>332</sup> que nos remete al dilema de conciliar nuestra libertad individual con la vida en comunidad para que verdaderamente podamos vivir con seguridad.

Para Bauman, los conceptos de libertad y comunidad son incompatibles hoy en día. Existe un precio a pagar por el privilegio de vivir en comunidad que es justamente la libertad, la autonomía, la identidad. Cualquiera que sea la elección, habrá un beneficio y una pérdida. No tener comunidad

---

<sup>331</sup> BAUMAN, Z. *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*. trad. de J. Alborés, Siglo XXI, Madrid. 2006, p. V.

<sup>332</sup> *Ibidem*. p. VII.

significa no tener protección; por otra parte, alcanzar la comunidad, si es posible, podrá significar perder parte de la libertad.<sup>333</sup>

Estamos delante de nuevas formas de asociaciones inmersas en una compleja red social con muchas posibilidades y dimensiones. El equilibrio entre libertad y comunidad es posible desde que no vislumbremos el modelo de comunidad establecida por los clásicos como el único viable. De hecho, es improbable la construcción de la comunidad ideal, completamente equilibrada, libre e igualitaria.

El capitalismo, la sociedad de consumo, la globalización, la tecnología y otros factores constituyen dificultades al proceso de construcción de comunidades adecuadas porque la masificación de las informaciones dificulta que las personas hagan sus elecciones de modo libre. Por eso, para disminuir los efectos derivados de estos procesos es imprescindible hacer los miembros de la comunidad conscientes, ciudadanos participativos que discuten sus decisiones, escuchan, defienden sus derechos y cumplen sus deberes.

Hechas estas consideraciones preliminares, pasaremos a construir un concepto de comunidad a partir de las siguientes aportaciones de Phil Bartle traducidas por Maria Lourdes Sada:

- Primero, reparemos en que «comunidad» es un modelo, un patrón. No es posible ver una comunidad, o tocarla, o apreciarla directamente con los sentidos. Al igual que una «colina» o un «copo de nieve», una comunidad puede tener diferentes formas, tamaños, aspectos o ubicaciones, no hay dos iguales.
- Y aún más importante, una comunidad no es sólo la gente que la compone. Generalmente, una comunidad ya existía antes de que naciera ninguno de sus residentes actuales, y lo normal es que siga existiendo cuando hayan desaparecido. Es algo que va más allá de sus componentes, los residentes o miembros de esa comunidad.
- El concepto de comunidad no es sólo un «modelo» (patrón), es un «modelo sociológico». Es un conjunto de interacciones, comportamientos humanos que tienen un sentido y expectativas entre sus miembros. No sólo acciones, sino acciones basadas en esperanzas, valores, creencias y significados compartidos entre personas.
- Como organización social, una comunidad es cultural. Esto significa que es un sistema de sistemas, y que se compone más de cosas que se aprenden que de factores transmitidos por genes y cromosomas. Todos los elementos culturales de una comunidad, desde su tecnología a sus creencias compartidas, pueden transmitirse y guardarse por medio de símbolos.

---

<sup>333</sup> BAUMAN, Z. *Op.. Cit.* P. VIII.

- La animación social (promoción de la participación comunitaria o autoayuda) moviliza y organiza una comunidad. Esto significa que la organización social de la comunidad cambia, aunque sea sutilmente.
- En general (con excepciones), una comunidad urbana tiene vínculos más imprecisos, es más difícil de delimitar, es más heterogénea (variada, mixta), más compleja, más difícil de organizar utilizando métodos ordinarios de desarrollo de comunidades, y tiene metas más complejas y sofisticadas que las comunidades rurales.
- Aunque una comunidad es un sistema cultural (en lo que trasciende a los individuos que la componen) no podemos presumir que es una unidad armoniosa. No lo es. Está llena de facciones, luchas y conflictos basados en diferencias de sexo, religión, acceso a la sanidad, etnia, clase,<sup>334</sup> nivel educativo, ingresos, propiedad del capital, lengua y otros muchos factores.

En este sentido, la comunidad puede ser comprendida como un conjunto de individuos que comparte una identidad común que le diferencia de otros grupos o comunidades. Existe un sentimiento de identidad, de integración entre sus miembros.

En Brasil la palabra comunidad ha adquirido una característica especial. En los últimos años ha sido vinculada a las comunidades de baja renta, antes denominadas de *favelas* (barrio de chabolas). Esto no significa que el término no sirva para designar otros tipos de comunidad. Lo que pasa es que tanto en la vida cotidiana de la sociedad como en los medios de comunicación es cada vez más frecuente el uso de la palabra comunidad para sustituir la expresión *favela*.

Lo que parece es que este cambio se propone a mejorar, aunque artificialmente, la imagen de las *favelas*, cuya denominación conlleva una imagen peyorativa, de pobreza y sufrimiento. Los que viven en *favelas* son denominados *favelados* (chabolistas), otra palabra que tiene un sentido negativo, muchas veces vinculado a la marginalidad y criminalidad.

Esa concepción moral de los términos “favela” y “favelado” está asociada al estigma producido históricamente en relación con estos espacios urbanos y sus habitantes, o sea, a la concepción de la “favela” como espacio estigmatizado...El propio termino “favela” viene a lo largo de los años adquiriendo un carácter despreciativo, una vez que en relación con estos espacios se ha construido en el imaginario social una serie de mitos ligados a la pobreza, a la violencia y a la criminalidad, que se reflejaban en las acciones realizadas por el

---

<sup>334</sup> BARTLE, Phil. ¿Qué es Comunidad? Traducido por: SADA, Maria Lourdes. Disponible en: <http://cec.vcn.bc.ca>. Acceso en 12.09.2011.

poder público y en la consecuente estigmatización de sus habitantes como pobres, violentos y marginales en potencial...Con el objetivo de eliminar este estigma, la categoría comunidad parece evocar, tanto para los representantes del poder público como para los moradores directamente afectados por el proceso de estigmatización, una alternativa simbólica viable.<sup>335</sup>

En el seno de estas comunidades proliferan conflictos de distintas naturalezas. Las relaciones de interdependencia son cada vez mayores e intensas y por eso exigen la comprensión mutua del otro. Vivir armoniosamente juntos presupone la necesidad de lograr soluciones inteligentes para los inevitables conflictos a través del diálogo pacífico. Así, para que podamos convivir en paz en la gran aldea planetaria globalizada debemos primero aprender a convivir en las comunidades a las cuales pertenecemos, que forman parte de nuestra vida cotidiana.

Los conflictos en la comunidad son consecuencia de relaciones de tracto sucesivo, tienden a ser prolongados en el tiempo, convirtiéndose en graves problemas caso de que no sean solucionados en tempo hábil y de forma adecuada. “Así pues, si se consigue que los conflictos vecinales se solucionan en el propio ámbito comunitario, ya sea por negociación directa, ya sea por conciliación, ya sea por mediación, ello permite asegurar el mejor funcionamiento de la comunidad y garantizar su salud y coexistencia pacífica.”<sup>336</sup>

Las ideas aquí desarrolladas están de acuerdo con la filosofía política contemporánea defendida por los comunitaristas que resaltan la

---

<sup>335</sup> FREIRE, Leticia. *Favela, bairro ou comunidade? Quando uma política urbana torna-se uma política de significados*. 2008, p. 108-109. Disponible en: <http://revistadil.dominiotemporario.com>. Acceso en 15.09.2011.

Traducción del texto original: (...) essa concepção moral dos termos “favela” e “favelado” está associada ao estigma produzido historicamente em relação a estes espaços urbanos e seus habitantes, isto é, à concepção da favela enquanto espaço estigmatizante. Conforme indiquei no início do artigo, o próprio termo “favela” vem, ao longo do tempo, adquirindo um caráter depreciativo, uma vez que em torno desses espaços se construiu no imaginário social uma série de mitos ligados à pobreza, à violência e à criminalidade, que se refletiam nas ações do poder público neles empreendidas e na consequente estigmatização de seus habitantes como pobres, violentos e marginais em potencial (...). Visando diminuir esse estigma, a categoria “comunidade” parece evocar, tanto para os representantes do poder público quanto para os moradores diretamente atingidos pelo processo de estigmatização, uma alternativa simbólica viável.

<sup>336</sup> MEJÍAS, Juan Francisco. *Op. Cit.* p. 20.

naturaleza política de los individuos-ciudadanos y la importancia de la comunidad y de sus respectivas tradiciones en el proceso de desarrollo de los propios individuos, considerados singularmente y de la comunidad en general. El comunitarismo representa una denominación genérica que abarca diversas corrientes que difieren en el abordaje, en la metodología y en las propuestas para transformación de la sociedad pero comparten el hecho de rechazar el pensamiento liberal, en especial al liberalismo presentado por Rawls, Dworkin y Rorty.<sup>337</sup> Este estudio no tiene como finalidad presentar todas estas corrientes sino destacar algunos puntos relevantes que pueden estar relacionados con la mediación comunitaria, sobre todo con la relación entre el individuo y la comunidad.

Como ya se ha mencionado, el comunitarismo constituye una crítica al liberalismo y sus efectos considerados como negativos para la sociedad: individualismo contemporáneo, desarraigo afectivo, pérdida de identidad cultural, menosprecio de los lazos interpersonales. Cuatro aspectos son importantes para la discusión aquí propuesta sobre la mediación comunitaria: el individualismo; la necesidad de una política del bien común y el papel del Estado para lograr este bien común, la concepción de justicia y el derecho de las minorías.<sup>338</sup>

Sobre el individualismo las discusiones entre liberales y comunitaristas tienen como punto de partida la concepción liberal del individuo, la que se sitúa más allá de su pertenencia a cualquier grupo, entidad o comunidad; el individuo es autónomo e independiente. Para el comunitarismo,

---

<sup>337</sup> El comunitarismo no es una concepción teórica homogénea, en verdad, reúne una serie de críticas al liberalismo. Según Gargarella, dentro del núcleo de autores más típicamente asociados con el movimiento comunitarista nos encontramos con teóricos que son críticos con el liberalismo pero que, en definitiva, defienden ciertos criterios bastantes cercanos a los de dicha postura- Como Charles Taylor; y otros que oscilan entre la defensa de posiciones socialistas y republicanas- como Michael Sandel y aún otros que asumen posturas decididamente conservadoras como en el caso de Alasdair MacIntyre. GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1999, p. 125.

<sup>338</sup> Roberto Gargarella en su obra "Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política" sintetiza de forma objetiva la teoría de John Rawls y realiza una crítica desde el punto de vista del comunitarismo principalmente en los aspectos mencionados: individualismo; la neutralidad estatal; concepción de justicia y la desatención a las minorías. GARGARELLA, *Op. Cit.* 1999.

a su vez, la identidad está determinada por la pertenencia a determinados grupos. Así, los proyectos personales están vinculados a la realidad social de la que forma parte y su respectiva tradición. Las personas, más que elegir sus propios fines, ejercen su libertad de acuerdo con las prácticas de los grupos en los que están insertos.

Sobre el papel del Estado, Kymlicka explica que los comunitaristas no están de acuerdo con el Estado neutral. Creen que se debería renunciar a él a favor de una política del bien común. Afirman que las instituciones no pueden ser neutrales, deben jugar un papel activo para promover determinados valores e ideales de vida. Kymlicka añade que:

En una sociedad comunitarista el bien común se interpreta como una concepción independiente de la buena vida que define el modo de vida de la comunidad. Este bien común, más que adaptarse a las preferencias de los individuos, proporciona el criterio para evaluar esas preferencias. (...) Un Estado comunitarista puede y debe alentar a las personas para que adopten concepciones de lo bueno que se adecuen a la forma de vida de la comunidad, y, al mismo tiempo desalentar las concepciones de lo bueno que entran en conflicto con ella. Un Estado comunitarista, por lo tanto, es un Estado perfeccionista, puesto que conlleva una valoración social del valor de formas de vida distintas.<sup>339</sup>

Para los comunitaristas la concepción de justicia debe surgir en el seno de cada comunidad, conectada a las tradiciones y los valores propios de cada entono. La preocupación debe consistir en hacer efectivo no sólo los derechos individuales sino también los colectivos. En ese sentido es indispensable que el Estado y la sociedad se preocupen en garantizar los derechos de las minorías y aumentar el grado de participación de tales minorías en el debate político.<sup>340</sup>

Para este estudio, el gran desafío consiste en lograr un equilibrio entre el comunitarismo y el liberalismo pues ambas teorías llevadas a las últimas consecuencias y contempladas de forma extrema no satisfacen las necesidades sociales individuales y colectivas. Es cierto que el comunitarismo

---

<sup>339</sup>KYMLICKA, Will. *Filosofía política contemporánea. Una introducción*. Barcelona: Ariel, 1995, p. 228.

<sup>340</sup> Sobre la relación entre comunitarismo, multiculturalismo y derecho de las minorías, ver: GARGARELLA, Roberto. Op. Cit. 1999.

presenta herramientas para que podamos reflexionar sobre los riesgos de una acrítica concepción liberal de la vida social pero no puede ser utilizado para rechazar completamente el individualismo que en cierto grado cumple un importante papel en el desarrollo de las relaciones interpersonales.

En la mediación comunitaria es indispensable que los individuos tengan capacidad de autodeterminación y dispongan de recursos y libertad para luchar por sus propias concepciones de lo bueno pero al analizar una situación específica deben ajustar sus reflexiones a la forma de vida en la cual está inserto. No se trata de abrir mano en cualquier circunstancia de sus propios derechos sino ejercer su poder de decisión dentro de los roles sociales en los que está implicado. Sobre ese aspecto es importante la preocupación del Profesor Juan Damián Moreno:

Lo que tendría que preocupar a la sociedad es que este tipo de soluciones negociadas oculta tras de sí el reconocimiento más o menos explícito del fracaso de la norma como pauta de conducta, en la medida en que lo que se busca únicamente es la superación de la controversia. Conviene llamar la atención sobre este concreto aspecto de la cuestión, no vaya a ser que, por intentar crear una nueva cultura en la resolución de conflictos, se corra el riesgo de que los ciudadanos queden rehenes de estos medios alternativos y virtualmente atrapados en una red de la que quizás no puedan salir si no es sacrificando a parte de sus derechos o simplemente renunciando a su ejercicio.<sup>341</sup>

De hecho, la mediación no puede ser incentivada para solucionar todos los conflictos sociales. Hay conflictos cuyo contenido central es esencialmente jurídico y para ellos la norma como pauta de conducta y la tutela jurisdiccional del Estado deben ser la solución, aunque muchas veces no consigan reflejar la justicia esperada ya que suelen ser demasadamente morosas. Por otra parte, hay conflictos que tienen contenidos negociables y que no son esencialmente jurídicos. Permiten la solución pactada y la evaluación de las consecuencias de las cláusulas de un acuerdo para sí mismo, para el otro y para la comunidad que ellos forman parte. En estas circunstancias, puede ser saludable la solución pactada en la que ambas las partes abren mano de parcela de su derecho para lograr un acuerdo. Se trata

---

<sup>341</sup> DAMIÁN, Juan. *Op. Cit.*, 2011, p. 115.



de una opción a la que las partes no están obligadas. El resultado puede ayudar a construir relaciones más solidarias y desarrollar una comunicación más eficaz en el futuro, lo que es fundamental en el ámbito comunitario.

Tampoco significa que los individuos deban estar siempre de acuerdo con la forma de vida de la comunidad: “los individuos son capaces de cuestionar y rechazar el valor de la forma de vida de la comunidad, entonces en intento por desalentar el plantearse estas dudas mediante una política del bien común parece una limitación injustificada de la autodeterminación de las personas.”<sup>342</sup>

Así, la mediación comunitaria y el comunitarismo parecen tener la finalidad común de perfeccionar la organización de las sociedades en el nivel local y aumentar la participación de los individuos dentro de un marco donde los valores de la comunidad sirvan de parámetro para construir la identidad ciudadana. Las acciones para lograr esta finalidad deben ser implementadas no apenas por el Estado sino que deben surgir y ser llevadas a cabo por las propias comunidades en el sentido de incrementar “la participación ciudadana en prácticas lingüísticas y culturales que capacitan los individuos a tomar decisiones inteligentes acerca de una buena vida.”<sup>343</sup>

#### 2.5.2 Mediación Comunitaria y su relevancia democrática en el escenario brasileño

La mediación comunitaria es la que más se ha destacado en el escenario brasileño. Esta modalidad de mediación ha sido desarrollada en Brasil como acción estratégica de democratización y facilitación del ejercicio del derecho fundamental de acceso a la justicia por parte de una parcela marginalizada de la población nacional, carente de instrumentos adecuados de prevención y solución de conflictos.

---

<sup>342</sup>Kymlicka, Will. *Op. Cit*, 1995, p. 238.

<sup>343</sup>*Ibidem*, 1995, p. 244.

La necesidad de construir comunidades mediadoras es latente y fundamental en el contexto brasileño, caracterizado por una fuerte desigualdad social y por el alto índice de violencia.<sup>344</sup> La aplicabilidad de la mediación en las comunidades del país, principalmente en los barrios más pobres, ha representado numerosas ventajas para los individuos, como forma de emancipación y empoderamiento; para la comunidad, como mecanismo de pacificación e inclusión social y para el conjunto de la sociedad, como instrumento de democracia participativa. La mediación comunitaria también logra prevenir conflictos:

La mediación comunitaria, precisamente por tener la capacidad de actuar en los estados iniciales del conflicto, cumple con un importante papel preventivo, en la medida en que evita que el conflicto se eleve de intensidad y surjan paralelamente otros conflictos que hagan la situación más difícil de sostener. Esta función preventiva de la mediación no siempre se valora como debiera, porque la gran mayoría de las veces se habla de ella únicamente en su vertiente resolutoria, cuando no debería ser así.<sup>345</sup>

La mediación comunitaria ofrece un espacio para resolver los conflictos entre los individuos, grupos y organizaciones de la comunidad en la que se desarrolla. Su gran virtud es que

pone la comunidad en la situación de protagonista de la solución de los conflictos. A través de la mediación la comunidad aprende a utilizar técnicas de comunicación constructivas y de relaciones interpersonales, absolutamente necesarias al perfeccionamiento de sus acciones, tanto en relación al conflicto, cuanto en lo tocante a la emancipación y desarrollo sociales<sup>346</sup>

Comunicación y mediación aparecen así como dos dimensiones necesariamente interrelacionadas.<sup>347</sup> La comunicación es la base de la

---

<sup>344</sup> Sobre La relación entre desigualdad y violencia en el entorno brasileño, ver: <http://getinternet.ipea.gov.br>. Acceso en: 17.09.2011.

<sup>345</sup> SINISTERRA, Waldir. Mediación Comunitária. En: SOUTO, Esther. *La mediación: Un instrumento de conciliación*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 378.

<sup>346</sup> VASCONCELOS, Op. Cit. 2008, p. 111. Traducción del texto original: O método da mediação põe a comunidade na situação de protagonista da solução dos conflitos. Pela mediação a comunidade aprende a lidar com técnicas de comunicação construtiva e de relações interpessoais, absolutamente necessárias ao aprimoramento das suas ações, quer em relação ao conflito, quer no tocante à emancipação e desenvolvimentos sociais.

<sup>347</sup> RIQUELME, Sergio Fernández. *Teoría y práctica de la mediación: la gestión alternativa de los conflictos sociales*. Murcia: Edit.um, 2009, p. 145.

mediación y está orientada para conseguir el consenso, la decisión pactada, celebrada mediante el acuerdo de voluntad de las partes en conflicto. Desarrollar habilidades de comunicación es fundamental en las comunidades porque sus miembros necesitan en todo instante negociar sus diferencias, compatibilizar sus intereses. Así, estimular una comunicación adecuada

es una cuestión de sobrevivencia para las comunidades de baja renta, inmersas en una cultura de violencia de característica coercitiva y piramidal, incompatible con la nueva sociedad de los conocimientos en expansión, en la que se torna necesaria la habilidad para convivir con relaciones horizontales, fundadas en la persuasión y la negociación.<sup>348</sup>

Los índices de violencia en Brasil son muy altos, principalmente en las comunidades menos favorecidas.<sup>349</sup> Existe una intensa red social que genera numerosos conflictos, donde la inseguridad y la creciente violencia en todos sus niveles torna urgente la necesidad de articular las relaciones interpersonales y las relaciones entre los individuos y el conjunto de la sociedad, para incentivar el diálogo y el respeto a las diferencias.

En estas comunidades se desarrollan conflictos peculiares y recurrentes, que son consecuencia de una vida difícil, marcada por la ausencia de una educación de calidad y carencia económica. En este contexto, es preciso cultivar una comunicación eficaz, solidaria e inclusiva para que la violencia no siga siendo utilizada para resolver las disputas.

La mediación comunitaria atiende a esta necesidad y por eso representa un instrumento de pacificación social. Pacifica porque enseña a las personas a asumir posturas pacíficas y no violentas delante de los conflictos con el otro. Las personas son incentivadas a escuchar, a pensar en el otro además de pensar en sí mismos. De esa manera, la violencia, sea física o psicológica, va siendo sustituida por soluciones amigables, que no sólo

---

<sup>348</sup> *Ibidem.* p. 111. Traducción del texto original: Desenvolver essas qualidades é uma questão de sobrevivência para as comunidades de baixa renda, envolvidas em uma cultura de violência de feição coercitiva e piramidal, incompatível com a nova sociedade dos conhecimentos em franca expansão, em que se faz necessária a habilidade para lidar com relações horizontais, fundadas na persuasão e na negociação.

<sup>349</sup> Sobre los indicadores de la violencia en Brasil, ver el mapa de la violencia publicado en 2011. Disponible en: <http://www.sangari.com>. Acceso en: 19.09.2011.

resuelven el problema puntual sino también son capaces de reestructurar las relaciones interpersonales.

Es importante resaltar que a través de la comunicación, el sujeto, además de tener una experiencia personal, tiene una experiencia colectiva e histórica, incluso sin saberlo. La utilización de la mediación en las comunidades sobrepasa la satisfacción de intereses individuales y mejora la convivencia social. Fortalece el sentimiento de comunidad y permite a sus miembros afirmar con orgullo que forman parte de algo mayor, imaginario que es resultado de la confluencia de patrones históricos, culturales, sociales, étnicos, políticos y religiosos.

La mediación comunitaria en el contexto brasileño también es importante porque promueve la inclusión social. Esta inclusión es consecuencia del tratamiento dispensado a las partes, que pueden resolver por ellas mismas sus conflictos, de acuerdo con sus propios intereses. Pasan a tener voz activa, a desarrollar una consciencia crítica y ciudadana, transformándose en seres autónomos, cuya autonomía es reconocida por el Estado. Para Habermas, solo tiene legitimidad el derecho que surge de la formación discursiva de la opinión y de la voluntad de los ciudadanos que disponen de los mismos derechos. El autor analiza la autonomía privada y la autonomía pública y concluye que la autonomía pública se expresa conforme el principio de la soberanía popular en los derechos de comunicación y participación, que aseguran la autonomía pública de los ciudadanos. La autonomía privada, a su vez, se manifiesta en aquellos derechos fundamentales, subjetivos de los ciudadanos. Para Habermas la autonomía privada y pública han de ser cooriginales, esto es, se posibilitan y complementan mutuamente. Los derechos que los sujetos se reconocen mutuamente se concretizan y ejercitan por medio de leyes provenientes del Estado de Derecho, de tal forma que potencialice la autodeterminación política de los sujetos entendidos como libres e iguales. Es decir, una autonomía privada asegurada sirve como garantía para el surgimiento de la autonomía pública, del mismo modo que una percepción

adecuada de la autonomía pública sirve como garantía para el surgimiento de la autonomía privada.<sup>350</sup>

Una de las consecuencias del reconocimiento de la autonomía personal es el empoderamiento de la población. Existen grupos que están al margen del poder y necesitan de apoyo para empoderarse. El empoderamiento está relacionado con un cambio positivo en los individuos, cuyas consecuencias provocan cambios en la estructura y en la organización de las respectivas comunidades. Este proceso objetiva disminuir el desequilibrio existente y aumentar el poder de los grupos más débiles para que ellos puedan disfrutar mejor del acceso al poder formal e informal en su convivio social.

El empoderamiento también deriva de la divulgación más amplia de los derechos y deberes de las personas. En las comunidades pobres existe un déficit de conocimiento sobre las reglas del ordenamiento jurídico vigente y por eso es importante que los individuos participen de una sesión de mediación bien estructurada porque eso facilita a que ellos se vuelvan más conscientes y politizados.

El empoderamiento no es simplemente una terapia para que los pobres sean mejores con su pobreza tampoco es simplemente un apoyo a las iniciativas locales para que desarrollan una consciencia política más agudizada. Existe el reconocimiento de que las personas no están totalmente destituidas de poder y que existen redes previas de solidaridad y resistencia a través de las cuales la comunidad y sus individuos se organizan para defender sus intereses. La propuesta de empoderamiento está relacionada con un cambio positivo en estas personas y en sus respectivas comunidades para perfeccionar su estructura, organización y capacidad de establecer negociaciones positivas.<sup>351</sup>

---

<sup>350</sup> HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid; Trotta, 1998, p 238.

<sup>351</sup> OAKLEY, Peter; CLAYTON, Andrew. *Monitoramento e avaliação do empoderamento*. São Paulo: Instituto Polis, 2003, p. 12-13.

Además del empoderamiento individual, la mediación también promueve el empoderamiento colectivo, de la comunidad como un todo, que pasa a reconocer el poder comunitario de transformar la realidad social y prevenir la violencia. Como consecuencia natural, el grupo tiende a adoptar un comportamiento positivo frente a los problemas comunes y a los conflictos interpersonales, y facilita la adopción de un abordaje creativo para la solución de conflictos relacionados con miembros de la comunidad.

La mediación comunitaria es una práctica y un proceso de creatividad social. No estamos hablando de la creatividad en relación con momentos extraordinarios o únicos, sino de manifestaciones vitales de nuestra existencia que están vinculados a construir formas y estilos de vida que los construimos desde la vida cotidiana. Desde los espacios de comunidad, de encuentro, de interrelación. La mediación busca la conquista o la ocupación del espacio público como lugar de expresión de la sociedad civil. De sujetos con igual legitimidad política que quieren participar y dialogar a través de la palabra o de cualquier otra manifestación creativa. Es una práctica emergente, instituyente, transformadora y que permite la construcción de la ciudadanía.<sup>352</sup>

En consecuencia, se plantea un nuevo paradigma ético-político-existencial que presupone la creatividad social para la resolución de los conflictos. La creatividad social se presenta como una necesidad vital de nuestra existencia que implica en la construcción de modos de vivir creativos y solidarios que nos remiten al diálogo colaborativo, a la espontaneidad, a la innovación y a la flexibilidad para dar respuestas satisfactorias a nuestras disputas.

La mediación comunitaria presupone el entendimiento de que dicha energía creativa y mediadora puede ser utilizada por todos en cualquier contexto relacional, independientemente de su clase social, en cuanto no infrinja al ordenamiento jurídico vigente. Por tanto, “la mediación no solo puede ser una herramienta de intervención, sino que debe confundirse como una

---

<sup>352</sup>MUSCOLO, Silvia y otros. La mediación comunitaria como práctica de creatividad social y de construcción de ciudadanía. En: *Documentación Social. La mediación: caja de herramientas ante el conflicto social*. Madrid: Cáritas Española, 2008, p. 130.

verdadera *filosofía social*, que persigue la cohesión comunitaria, la comunicación constructiva, la relación personal y la integración social.”<sup>353</sup>

Es importante advertir que cuando se habla de cohesión no significa homogeneidad o ausencia de conflictos en la comunidad, al contrario, la mediación reconoce el aspecto natural y la potencialidad transformadora de los conflictos, al mismo tiempo que reconoce cada individuo que forma parte de una comunidad como un ser único, cuyos intereses e sentimientos deben ser respetados.

Constituye una fuente de legitimación indiscutible la posibilidad de que los individuos tengan un espacio para dialogar y que este intercambio esté rodeado de atención y respeto para la palabra de cada uno. El espacio abierto para la discusión del conflicto posibilita que un mediado hable de sus intereses y escuche la narrativa del otro. Ese proceso comunicativo no está orientado hacia a la uniformidad o homogenización. Al contrario, pretende enaltecer la individualidad de cada ciudadano y la comprensión mutua de dicha individualidad.

En consecuencia de todo lo anteriormente expuesto, la mediación debe ser entendida como pieza clave para la cultura política ciudadana porque proporciona una experiencia democrática más eficaz. Democracia y comunidad son elementos que caminan juntos, lado a lado, pues la idea de democracia presupone la vida en comunidad y viceversa. De acuerdo con John Dewey la democracia no es una alternativa a otros principios de vida asociativa, sino que es la propia idea de comunidad. “La clara conciencia de la vida en comunidad, en todas sus implicaciones, constituye la idea de democracia.” <sup>354</sup>

---

<sup>353</sup> MUNNÉ, María; MC-CRAGH, Pilar. *Los 10 principios de la cultura de Mediación*. Barcelona: Graó, 2006, p. 67.

CARAM, María Elena; y otros. *Mediación. Diseño de una práctica*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2006, p. 66.

<sup>354</sup> DEWEY, John; HICKMAN, Larry; ALEXANDRE, Thomas M. (Ed..) *The Essential Dewey: Pragmatism, education y democracy*. Bloomington: Indiana University Press, 1998, p. 295. Traducción del texto original: The clear consciousness of communal life, in all its implications, constitutes the idea of democracy.

Así, la democracia tornase posible cuando tiene como punto de partida la comunidad y todos sus elementos constitutivos. Sustentase a partir del elemento social y no sólo del elemento político y por eso depende de la capacidad de autodeterminación de los individuos considerados individualmente y de la capacidad de autodeterminación de la comunidad. Por tanto, solamente existirá democracia cuando existieren comunidades donde las personas puedan verdaderamente ser respetadas y participar activamente de la vida en sociedad.

En este sentido si no existe democracia en el nivel de la comunidad, no podrá existir democracia en ningún otro nivel. Ambas, democracia y comunidad, implican la participación activa de sus ciudadanos. Ser ciudadano no significa simplemente ser miembro de una comunidad política instituida sino tener voz activa, participar en la elaboración y transformación de sus reglas de modo consciente. La ciudadanía requiere individuos comprometidos con la vida en sociedad y envuelve derechos humanos de movilización y actuación en las conquistas individuales y colectivas.

La democracia en Brasil es reciente (1988) y todavía no está efectivamente consolidada pues existen una serie de limitaciones de orden ideológico, político, económico, cultural, técnico, e incluso psicológico, que deben ser superadas. La democracia brasileña carece de la utilización de instrumentos de participación popular que puedan minimizar el inmenso abismo que separa a los ricos y los pobres, que permanecen al margen de la sociedad y encuentran numerosas dificultades para gozar de sus derechos.

Por tanto, el modelo que se plantea no es más el modelo de democracia representativa simplemente sino el modelo de democracia participativa. “El Concepto de democracia participativa aparece de alguna manera enfrentado al de democracia representativa, como la expresión de una nueva forma de democracia directa que amplía respecto de la democracia representativa los



espacios de representación y participación de la ciudadanía dándole un rol más protagónico en el proceso deliberativo.”<sup>355</sup>

En la democracia participativa los ciudadanos deben deliberar y no sólo elegir sus representantes para que estos asuman todas las importantes decisiones que repercutirán en la sociedad. Asimismo, la ciudadanía debe participar directamente en el ejercicio y control de la fiscalización de las funciones públicas.

De acuerdo con Santos existen dos formas posibles de combinación entre democracia participativa y representativa: coexistencia y complementariedad.<sup>356</sup> La coexistencia presupone una convivencia de las más variadas formas de procedimientos e instituciones; la democracia representativa en nivel nacional coexiste con la democracia participativa desarrollada en el nivel local. La complementariedad, a su vez, presupone una relación más intensa entre las dos formas de democracia: representativa y participativa. Aquí el gobierno debe reconocer que la participación activa es imprescindible al ejercicio de la democracia y por eso debe promover la utilización de prácticas que preconicen la participación de la sociedad como un todo.

Por supuesto, esta complementariedad entre las dos formas de democracia es fundamental para el verdadero ejercicio de la democracia una vez que la modalidad representativa, por si sola, es incapaz de viabilizar la democracia como sistema. Santos establece tres fases para el fortalecimiento de la democracia participativa:

Tesis 1: A través del reconocimiento de que no existe una única forma para la democracia. Al contrario, el multiculturalismo y las experiencias recientes de participación indican múltiples formas de deliberación pública. Así,

---

<sup>355</sup> BIN, Elisa. Algunas reflexiones para el debate acerca de la construcción de la Democracia Participativa. En: ROMERO, Ricardo (Comp.). *Democracia Participativa, una utopía en marcha*. Buenos Aires, 2004, p. 22. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar>. Acceso en: 20/09/2011.

<sup>356</sup> SANTOS, Boaventura. *Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

el primer elemento de la democracia participativa consiste en la profundización de los casos en que el sistema político abre la mano de sus prerrogativas decisorias a favor de instancias colectivas de decisión.

Tesis 2: A través del fortalecimiento de la articulación contra-hegemónica entre lo local y lo global. La articulación global/local torna posible el aprendizaje continuo, considerado requisito fundamental para el éxito de las prácticas democráticas de alta intensidad.

Tesis 3: Ampliación del experimentalismo democrático. La pluralización cultural, racial y distributiva de la democracia requiere que se multipliquen los experimentos en estas direcciones. Las experiencias de democracia participativa rescatan la dimensión pública y ciudadana de la política en la medida en que crean formas alternativas de organización del sistema político y realizan, desde esta perspectiva, una redimensión global de la vida colectiva.

Según lo dicho, se hace evidente que la pluralización de las modalidades de participación de toda la sociedad, sin exclusiones, sin permitir que algunas subjetividades prevalezcan sobre las otras, es una perspectiva interesante para los países que están consolidando sus experiencias democráticas.

No existe una secuencia lógica para el conjunto de luchas para hacer efectiva la democracia participativa. En las dos últimas décadas se han registrado en Brasil avances en la construcción de dicha democracia, con la implementación de numerosos instrumentos que permiten el incremento de la participación popular. Podemos citar por ejemplo la utilización de la mediación comunitaria. En este proceso es evidente la influencia del cambio producido en la sociedad civil:

Cambio que se expresa no solo en la exteriorización de la sensación de malestar por la pérdida del bienestar general, sino también en el fortalecimiento de los nuevos movimientos sociales ante el debilitamiento y retroceso del Estado para atender la demanda social, fenómeno que ha ido aumentando significativamente desde mediados

de la década del '80 y que ha coincidido con las apertura de los procesos de democratización en América Latina.<sup>357</sup>

Los cambios significativos en la sociedad civil culminaron en el fortalecimiento del tercer sector que pasó a articular distintos movimientos y actores sociales para asumir la responsabilidad de representar y defender una multiplicidad de intereses de diversos sectores de la sociedad. Los nuevos movimientos sociales exigieron la participación activa de la ciudadanía, frente al déficit de satisfacción con el poder estatal del país, cuya trayectoria clientelista, patrimonialista y corrupta poco representaba el interés de la masa.

En este escenario, se fortalece la ciudadanía y se abren las puertas de un modelo democrático más democrático, que se extiende a las instancias deliberativa y decisoria. De esa manera, se introduce una nueva consciencia ciudadana en la medida en que capacita, responsabiliza e informa la sociedad, lo que es fundamental para un Estado Democrático.

Democratizar el proceso de toma de decisiones, acercándolo a los ciudadanos, implica incentivar esta responsabilidad social en todos sus niveles, desde la vida particular de los individuos en sus conflictos interpersonales hasta la toma de decisiones colectivas de interés de determinada comunidad o de toda la sociedad. En verdad, la democracia participativa debe desarrollarse predominantemente “desde abajo hacia arriba” con la implementación de mecanismos participativos a nivel local, en el barrio, en la comunidad. Esta tarea representa un verdadero cambio de paradigmas ya que tradicionalmente los individuos han esperado que el Estado y sus distintos poderes presenten una respuesta eficaz a sus demandas, lo que no ha sido plenamente posible.

La mediación comunitaria se presenta como alternativa viable para contribuir a la superación del problema de acceso a la justicia en Brasil porque

---

<sup>357</sup> BIN, Elisa, *Op. Cit.*, 2004, p. 23.

Sobre las democracias representativas en Latinoamérica ver las consideraciones de *Guillermo O'Donnell* en el texto “*democracia delegativa*” en el que señala en los años 90 la importancia de intensificar la ciudadanía activa y alerta sobre los peligros que implican el avance y consolidación de las democracias delegativas en la Latinoamérica. Disponible en: <http://www.journalofdemocracyenespanol>. Acceso en: 25/09/2011.

propone una amplia revolución democrática del derecho y de la justicia. La revolución democrática de la justicia es una tarea compleja y exigente que debe partir de una concepción emancipadora del acceso al derecho y a la justicia.

En este sentido, la mediación comunitaria promueve una mayor democratización del acceso a la justicia, en sentido amplio de justicia, una vez que se permite a las partes formular un acuerdo justo según sus intereses. “Justa porque ambas partes han considerado que esa es la mejor solución que han alcanzado, de forma pacífica, cediendo ambas, de manera equivalente, en sus pretensiones iniciales para alcanzar un punto final mutuamente satisfactorio y que ambas se comprometen a cumplir de forma voluntaria.”<sup>358</sup>

El problema del acceso a la justicia en Brasil es histórico y remonta a la falta de participación popular en momentos cruciales de la trayectoria del país. La escasa participación de los ciudadanos incrementó la costumbre de permanecer pasivo, esperando una decisión del Estado. Por eso, para posibilitar la revolución jurídica tan deseada, es fundamental incentivar prácticas de movilización social, construidas socialmente en el seno de las comunidades, con la participación activa de los individuos.

Aproximar el derecho a las comunidades periféricas se presenta como finalidad primordial para la democratización del acceso a la justicia y para la integración entre los barrios más pobres y el conjunto de la sociedad. De esa manera, la mediación comunitaria contribuye a definir la calidad de actuación democrática del Estado en la pacificación de conflictos sociales.

Para una eficacia todavía mayor del derecho fundamental de acceso a la justicia en Brasil sería muy beneficiosa la inclusión de un sistema “multipuertas”<sup>359</sup> para ofrecer formas híbridas de solución de conflictos para que

---

<sup>358</sup> MEJÍAS. *Op. Cit.*, 2009, p. 11.

<sup>359</sup> El sistema “multipuertas” fue creado en Estados Unidos (*Multidoor Courthouse*) para contemplar otras formas de solución de conflictos aliadas al Poder Judicial. “The traditional courthouse offers to the public only one “door” for resolving disputes: the litigation process. The multi-door courthouse concept arose out of the realization that litigation is not the best choice

las partes puedan elegir el mejor método de solución para su caso. En otras palabras, sería beneficioso reconstruir el panorama de la administración de justicia en el país para contemplar los modernos instrumentos de acceso a la justicia. “La realidad social apunta a la necesidad de corte de las amarras de un derecho legalista, textual, estatal, y de la quiebra de paradigmas en la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho.” <sup>360</sup>

En resumen, la gestión democrática participativa exige el entendimiento de cada espacio como un eslabón mediador que invita a los ciudadanos a la participación y a la implicación en este proceso, rompiendo con la visión paternalista y redentora del Estado, que ha predominado en la historia de Brasil.

La mediación comunitaria coincide con estos valores porque genera una mayor responsabilidad y participación de la comunidad en la solución de sus conflictos y concibe ciudadanos más conscientes. A través de la comunicación, construye relaciones más cooperativas y conduce a la comunidad para una transformación socio-cultural positiva, orientada hacia el ejercicio activo de la ciudadanía y, consecuentemente de la democracia.

En el contexto brasileño, marcado por la fuerte desigualdad social, la mediación comunitaria, ampliamente utilizada en las “favelas”, o comunidades de baja renta, permite el enfrentamiento de cuestiones que envuelven la exclusión social, la desigual distribución de poder y la violación de derechos humanos, factores negativos que alimentan la violencia y dificultan la real efectividad de la democracia.

---

for resolving many disputes. In addition to adjudication, parties should be offered a range of alternatives, such as mediation, arbitration (binding or non-binding), case evaluation, summary jury trials, and mini-trials. Parties also should have access to assistance in "screening" their cases, or evaluating their cases to determine which dispute resolution process is most appropriate.” Sobre este tema ver: SAVAGE, Cynthia A, STUART, Kenneth K. *The Multi-Door Courthouse: How It's Working*. Disponible en: <http://www.courts.state.co.us>. Acceso en: 01.10.2011. Para mayores informaciones, ver: HIGHTON, Elena. *Justicia en Cambio. Sociedad civil, abogados y jueces. Un nuevo proyecto para la administración de justicia*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003, p. 79-82.

<sup>360</sup> BEZERRA, Paulo Cesar. *A produção do Direito no Brasil*. 2. Ed. Bahia: Editus, 2008, p. 185. Traducción del texto original: A realidade social aponta para a necessidade de corte das amarras de um direito legalista, textualizado, estatal, e da quebra de paradigmas de elaboração, interpretação e aplicação do direito.

### 2.5.3 La práctica de la mediación comunitaria en Brasil

El desafío de concebir comunidades mediadoras ya está siendo llevado a cabo en Brasil, no obstante la falta de ley específica para regular la mediación. Existen programas de mediación comunitaria implementados en distintas ciudades brasileñas, frutos de iniciativas de actores gubernamentales y privados que pretenden beneficiar determinada comunidad con el uso de la mediación. Cada propuesta tiene sus características propias y se adecúa a la realidad del respectivo entorno social.

Los tipos de conflictos más comunes que son resueltos a través de estos programas de mediación comunitaria son los conflictos familiares y entre vecinos, o sea, conflictos de naturaleza continuada, que dependen de una solución eficaz para propiciar la convivencia armónica. De un modo general, las unidades de mediación son instaladas en el seno de las comunidades para facilitar el acceso de la población. El servicio es gratuito ya que pretende beneficiar las comunidades carentes. Los mediadores son voluntarios, personas de la propia comunidad o no, que son capacitados en mediación de conflictos. Los acuerdos logrados en estos proyectos están adquiriendo el progresivo reconocimiento por parte de la población, de los jueces y tribunales, que incluso han promovido la homologación y ejecución de estos acuerdos cuando es necesario.

Serán resaltadas algunas de las principales propuestas de mediación comunitaria que existen en Brasil. En primer lugar serán mencionadas algunas iniciativas de diferentes ONGs que han desarrollado proyectos de mediación en comunidades de varias ciudades del país.<sup>361</sup> A continuación serán citadas algunas experiencias desarrolladas por los Estados de la Federación a través del Poder Judicial y de sus Tribunales.

---

<sup>361</sup> Sobre esas prácticas, ver:

SALES, Lília. *Op. Cit.* 2004, p. 140-146.

AMARAL, Márcia. *O direito de acesso à justiça e a mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 142-146.

En *Rio de Janeiro* funcionan desde 1997 los “Balcones de Derecho,” vinculados a la ONG “Viva Rio” con el propósito de atender diversas *favelas*, proporcionando asistencia jurídica gratuita, formación en nociones generales de Derecho y mediación de controversias. Se trata de una de las experiencias más antiguas cuyos resultados logrados han beneficiado de forma considerable las respectivas comunidades.<sup>362</sup>

La ONG “Moradia y Ciudadania” desarrolla un proyecto de mediación comunitaria en la ciudad de *Florianópolis* que tiene el apoyo de moradores locales para solventar los conflictos entre vecinos, familia y de la comunidad en general a través del servicio de mediación gratuita. En la actualidad la ONG “Moradia y Ciudadania” está presente en otras unidades de la federación brasileña y ha expandido sus actividades relacionadas con mediación de conflictos.<sup>363</sup>

En *Rio Grande do Sul* la ONG “Themis” promueve la capacitación de líderes comunitarios que actúan mediando conflictos en las comunidades y concientizan a los habitantes de sus derechos y deberes. El foco principal es reducir la violencia doméstica y la mediación es vislumbrada como instrumento de prevención.<sup>364</sup>

La ONG “Juspopuli” tiene como finalidad diseminar la cultura de respeto a los derechos humanos a través del fortalecimiento de la ciudadanía. Una de sus principales actividades es la mediación de conflictos. La ONG capacita a los mediadores locales y gerencia los escritorios populares de mediación en barrios de la periferia de *Salvador-Bahia*.<sup>365</sup>

El programa justicia ciudadana de la “Asesoría Jurídica de las Organizaciones Populares-GAJOP” ofrece servicio de asistencia jurídica gratuita y mediación de conflictos en *Recife-Pernambuco*.<sup>366</sup> La asesoría

---

<sup>362</sup> <http://www.vivario.org.br>. Acceso en: 29/09/2011.

<sup>363</sup> <http://www.moradiaecidadania.org.br/>. Acceso en: 29/09/2011.

<sup>364</sup> <http://www.themis.org.br/>. Acceso en: 30/09/2011.

<sup>365</sup> <http://www.juspopuli.org.br/>. Acceso en 03/10/2011.

<sup>366</sup> <http://www.gajop.org.br/>. Acceso en 03/10/2011.

implementó un núcleo de producción y difusión sobre los temas: acceso a la justicia y métodos no violentos de resolución de conflictos.

El “Centro vida y juventud” es una ONG que trabaja con jóvenes y líderes comunitarios para ayudar a enfrentar sus problemas en la vida cotidiana en sus respectivas comunidades. Promueven cursos de mediación de conflictos y derechos humanos.<sup>367</sup>

En Ceará existe un Programa de Mediación del Gobierno del Estado que ha implantado “Núcleos de Mediación Comunitaria” en los barrios más pobres de la ciudad para resolver de modo pacífico los conflictos interpersonales y sociales de los individuos que viven en dichas comunidades.<sup>368</sup>

La mayor parte de los Tribunales del país cada vez está invirtiendo más en proyectos de mediación comunitaria. A título de ejemplo podemos citar los Tribunales de los Estados: *Distrito Federal, São Paulo, Rio de Janeiro, Acre, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Bahia, Pernambuco, Ceará.*

El Consejo Nacional de Justicia-CNJ constató que las prácticas de mediación comunitaria en Brasil han sido desarrolladas por los Tribunales de modo independiente, sin que haya una sistematización entre las mismas. En cierto modo, eso es bueno porque posibilita que cada práctica sea pensada y ejecutada de acuerdo con su respectivo entorno. En contrapartida, sin criterios estandarizados, universalmente válidos para la capacitación y para el desarrollo de las actividades de los mediadores, no hay como garantizar la calidad de los servicios ofrecidos. A partir de tal constatación empezó en el territorio nacional un debate sobre la necesidad de institucionalizar la mediación comunitaria con políticas públicas estructuradas y universales. Calmon defiende que:

---

<sup>367</sup> <http://www.vidaeyjuventude.org.br/>. Acceso en 05/10/2011.

<sup>368</sup> <http://mediacaocomunitaria.blogspot.com/>. Acceso en: 02/10/2011.



Considerando pues la realidad brasileña, en la que se observa total ausencia de planificación y coordinación tanto en relación con la actividad jurisdiccional como en relación con los otros medios de solución de conflictos, por lo que se propone la formulación de una política pública nacional de incentivo a los mecanismos para la obtención de la autocomposición.<sup>369</sup>

En ese sentido, el Consejo Nacional de Justicia publicó en 2010 la Resolución 125, ya mencionada en el tópico sobre la falta de ley específica de mediación en Brasil, para intentar homogeneizar las prácticas de mediación desarrolladas por el Poder Judicial en todo el territorio nacional. A través de esta política pública se pretende adoptar un importante filtro de litigios y dar un mínimo de organicidad, calidad y control sobre las prácticas de medios consensuales.<sup>370</sup> André Azevedo, uno de los jueces responsables por implementar las metas de la Resolución 125 advierte que

la política pública nacional tiene por finalidad superar la simplificada y equivocada conclusión de que, abstractamente, un proceso de solución de conflictos es mejor que los demás. Fueron consideradas también soluciones generalistas que contemplan la mediación y la conciliación como panaceas para el sistema en crisis. De los resultados logrados en Brasil, se concluye que no es posible establecer un único procedimiento autocompositivo en todo el territorio nacional pues existen relevantes diferencias en las realidades fácticas en los diferentes estados del país. El modelo de núcleo y centro de resolución de conflictos que deberá ser implementado por todos los Tribunales brasileños intenta crear una estructura básica para que cada tribunal pueda desarrollar su sistema procesal diversificado de manera más adecuada a su realidad.<sup>371</sup>

---

<sup>369</sup> CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 319. Traducción del texto original: Considerando pois a realidade brasileira, em que se observa total ausência de planejamento e coordenação tanto em relação à atividades jurisdiccional quanto em relação aos demais meios de solução de conflitos, é que se propõe a formulação de uma política pública nacional de incentivo aos mecanismos para obtenção da autocomposição.

<sup>370</sup> En esse sentido, ver: WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. En: PELUSO, Antonio Cezar y otros (Coord.). *Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 03-10.

<sup>371</sup> AZEVEDO, André. Desafios de acesso à justiça ante o fortalecimento da autocomposição como política pública nacional. En: PELUSO, Antonio Cezar y otros (Coord.). *Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.22. Traducción del texto original: A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça buscou ultrapassara simplificada e equivocada conclusão de que, abstratamente, um processo de resolução de disputas é melhor do que o outro. Foram desconsideradas também soluções generalistas como se a mediação e a conciliação fossem panacéias para um sistema em crise. Dos resultados obtidos no Brasil, concluiu-se que não há como impor um único procedimento autocompositivo em todo o território nacional ante relevantes diferenças nas realidades fácticas em razão das quais foram elaboradas. O modelo de núcleos e centros de resolução de conflitos buscou apenas criar a estrutura básica para que cada tribunal possa desenvolver seu sistema pluriprocessual da forma mais consoante com sua realidade.

Calmon esclarece que establecer tal política no debería ser tarea exclusiva del Poder Judicial, ya que sirve de parámetro pero no vincula obligatoriamente las prácticas antes mencionadas, desarrolladas por instituciones no gubernamentales. Sus iniciativas son preciosas pero es necesario incentivar también la promoción de la mediación y de otros mecanismos complementarios de administración de justicia de modo espontáneo, a partir de iniciativas de la propia sociedad civil.

De este modo, para desarrollar tal política es necesario un trabajo interdisciplinar que requiere esfuerzo mutuo de distintos actores sociales, dirigido a establecer en definitiva la cultura de la mediación. Probablemente, será difícil construir una política de carácter nacional, ya que Brasil es un país gigantesco cuyas regiones presentan características propias. Quizás lo mejor sería crear una política pública regional para tratar de la mediación comunitaria, respetando los rasgos de cada una de las cinco regiones: norte, nordeste, sur, sudeste y centro oeste. Es preciso considerar también que la mediación está más consolidada en los Estados del sur y sudeste del país.

Para una comprensión más amplia sobre la aplicabilidad de la mediación comunitaria en el entorno brasileño y de sus efectos, será abordada en el próximo apartado la experiencia del Tribunal de Justicia de Bahia que concibió el Proyecto “Balcón de Justicia y Ciudadanía” en 2003, que atiende numerosos barrios de la capital *Salvador* y de pueblos vecinos. La elección por esa práctica entre tantas desarrolladas en el país se dio en virtud de la labor que he desempeñado como supervisora de una de las unidades desde el inicio del 2009 y como profesora de los cursos de formación de los mediadores. Es importante señalar que se trata de un Proyecto que sirve de modelo para el desarrollo de la política pública nacional establecida por el Consejo Nacional de Justicia.<sup>372</sup>

---

<sup>372</sup> El Consejo Nacional de Justicia- CNJ definió el Proyecto Balcón de Justicia y Ciudadanía como “buena práctica” a ser seguida por otros Tribunales del país. Para mayores informaciones ver: <http://www.cnj.jus.br>. Acceso en 21/09/2011.



### **3. LA EXPERIENCIA DEL PROYECTO BALCÓN DE JUSTICIA Y CIUDADANÍA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE BAHIA-BRASIL CON LA MEDIACIÓN COMUNITARIA**

No obstante la falta de ley específica sobre la mediación en Brasil, las prácticas con esta metodología para abordar los conflictos se multiplican en el país. Leyes generales y políticas públicas permiten e incentivan la utilización de esta técnica mediadora para incrementar el acceso a la justicia a través de iniciativas de diferentes instituciones y agentes sociales cuyas actividades se han desarrollado de forma difusa y poco sistematizada, pero muy eficaz.

Con la intención de evaluar la efectividad de la mediación de conflictos en la práctica, abordaré la experiencia del Tribunal de Justicia del Estado de Bahia, en Brasil, que creó en 2003 el Proyecto “Balcón de Justicia y Ciudadanía” para ofrecer una justicia más rápida, de bajo coste, humana y eficaz, dirigida a las personas que no disfrutaban de condiciones económicas, sociales y culturales de acceso a la justicia por las vías formales. El Proyecto utiliza la mediación comunitaria y atiende actualmente barrios de la capital, Salvador, y barrios en los alrededores y pueblos.

Este estudio es resultado de la labor desarrollada en el Balcón de Justicia y Ciudadanía del Barrio “Imbuí,” del que soy supervisora desde el comienzo de 2009. Esta unidad está ubicada en el Núcleo de Prácticas Jurídicas de la Facultad Ruy Barbosa, asociada al Tribunal de Justicia de Bahia que asiste a distintas comunidades carentes cercanas.

Para llevar a cabo la recogida de informaciones se han utilizado distintos métodos de investigación (histórico, descriptivo, hipotético-deductivo), incluso se han realizado entrevistas parcialmente estructuradas que han facilitado la identificación del perfil del Proyecto y su puesta en marcha. El objetivo primordial es evaluar de modo crítico los resultados logrados y contribuir al intercambio entre las prácticas de mediación.

Para conseguir esa finalidad se resaltarán los trazos característicos de los procedimientos adoptados en los Balcones, su historia, marco legal, el contexto social en el que están insertos, los tipos de conflictos solucionados, la estructura de personal y física, el sistema de asociación con otras instituciones, los mediadores, su capacitación y ética, los resultados logrados a lo largo de los últimos años y las perspectivas futuras del Proyecto.

Es imprescindible contextualizar este análisis crítico, tomando en consideración la situación actual del desarrollo de la mediación de conflictos en Brasil, principalmente las peculiaridades de la mediación comunitaria en el país. La contextualización favorece el entendimiento de la flexibilidad de la teoría de la mediación aplicada en la realidad brasileña.

Las teorías sobre la mediación desarrolladas en distintos países son muy similares, sobre todo en Occidente. El concepto, los principios y los procedimientos se asemejan. Sin embargo, cuando se analiza la aplicabilidad de estas teorías, se nota que la mediación asume caracteres propios para adecuarse a la realidad de cada entorno.

La estructura social, económica y jurídica de Brasil está pasando por profundas transformaciones pero todavía queda un largo camino hasta que el país se consolide como un Estado Democrático, en cuanto que la efectividad de los derechos fundamentales enfrenta numerosos obstáculos, especialmente para los pobres.

En el ámbito jurídico el monopolio estatal está cediendo espacio a la autonomía de las personas por medio de los mecanismos complementarios de

solución de conflictos, principalmente de la mediación. El Poder Judicial ha incentivado estas prácticas para incrementar el acceso a la justicia y disminuir la situación de crisis. Indudablemente, este apoyo institucional ha fortalecido la mediación en el entorno brasileño. Un buen ejemplo es el Proyecto Balcón de Justicia desarrollado por el Tribunal de Justicia de Bahia.

En los últimos años el Proyecto alcanzó el status de política pública orientada para perfeccionar la administración de la justicia. Los efectos de los resultados logrados han repercutido de forma positiva para repensar la cultura del litigio tan enraizada en la tradición jurídica del país. La población local ha reconocido la importancia de los Balcones y ellos ya forman parte de la vida cotidiana de las comunidades como alternativa viable para resolver conflictos.

### **3.1 Proyecto, historia y marco legal**

El marco legal del Proyecto Balcón de Justicia y Ciudadanía es la Resolución 01/2003 del Tribunal de Justicia de Bahia, según la cual el Tribunal, en el uso de sus atribuciones, considerando las necesidades de encontrar medios para ofrecer un servicio de promoción de justicia más eficaz frente a las deficiencias del Poder Judicial del país, instituyó la creación de una estructura de trabajo dirigida a utilizar la mediación y la conciliación para resolver los conflictos interpersonales en el seno de las comunidades.

Otra finalidad del Proyecto es fomentar el ejercicio de la ciudadanía a partir de una educación ciudadana en la que los individuos discuten sus derechos y deberes, al mismo tiempo en que son incentivados a crear soluciones para sus conflictos que pueden prescindir de la actuación estatal.

De acuerdo con la supra mencionada Resolución, las unidades deben ser instaladas en sitios estratégicos dentro las comunidades carentes,

preferencialmente en asociaciones de barrios, centros comunitarios, escuelas, para facilitar el acceso de los ciudadanos. Allí, toda la estructura y los procedimientos están orientados para ofrecer un servicio adecuado a la realidad de estas personas, sin exceso de formalismo y con un lenguaje simple.

El servicio de los Balcones es gratuito para favorecer las personas del Estado de Bahia que no tienen condiciones culturales y económicas de acceso a la justicia por las vías formales. La principal actividad desarrollada es la mediación comunitaria, ejercida por mediadores voluntarios, estudiantes de Derecho y de Psicología capacitados para el ejercicio de esta función, que son orientados por un abogado-mediador.

En este sentido, no es necesario que las partes contraten un abogado para representarlas, ya que el público al que se ofrece el servicio no tiene condiciones financieras para eso. En todas las unidades existe un abogado, capacitado en mediación, que coordina las actividades, auxilia a los becarios y suscribe los acuerdos.

Compete a los Balcones de Justicia y Ciudadanía ofrecer orientación, asistencia jurídica, conciliación y mediación de conflictos de interés para solucionar cuestiones civiles de menor complejidad y determinados conflictos de naturaleza familiar. Se excluyen de su competencia las cuestiones de naturaleza fiscal, de interés de la Hacienda Pública, las relacionadas con accidentes de trabajo y los temas penales.

El funcionamiento de los Balcones depende de convenios establecidos entre el respectivo Tribunal y órganos de la administración pública, entidades privadas o Instituciones de Enseñanza Superior, prioritariamente aquellas que ofrecen las Carreras de Derecho y Psicología. Como se observará en un tópico específico, estos convenios son fundamentales para viabilizar el desarrollo del Proyecto y contribuyen al incremento de la enseñanza en las respectivos Carreras porque ofrecen a los alumnos una visión diferenciada de las formas de administración de los conflictos interpersonales, distinta del litigio y de la terapia.

El Proyecto surgió en 2003 con gran publicidad local y nacional y anunciaba la existencia de un presupuesto para un periodo de 4 años. Así, el Tribunal transfería estas partidas a las entidades asociadas para que las mismas ejecutasen el Proyecto. Estas, a su vez, firmaban convenios con instituciones y líderes comunitarios para dar continuidad a las actividades. Estos diferentes niveles de asociación, al menos en el nivel simbólico, ya representaban, por sí solos, cierto distanciamiento del Tribunal del control de las actividades desarrolladas.

La principal finalidad del Proyecto en sus primeros años de funcionamiento consistió en conquistar la confianza de la población y divulgar sus finalidades y procedimientos. Fue necesario crear mecanismos de concientización dentro de las comunidades para que las personas lograsen distinguir las actividades allí desarrolladas del proceso judicial.

Algunas personas, por falta de conocimiento, se sentían amenazadas y angustiadas al recibir la carta de invitación porque pensaban que el documento representaba una intimación propia del proceso judicial. La justicia ha sido un mito para los menos favorecidos una vez que su estructura no ha sido adecuada para acogerlos.

Se puede decir que la falta de conocimiento sobre las actividades de los Balcones viene siendo superada en la medida en que el Proyecto se consolida. En la actualidad los Balcones ya forman parte de la vida cotidiana de las personas que viven en las comunidades beneficiadas.

También fue necesario conquistar la confianza y el respeto de los jueces, miembros de la propia institución que patrocina el Proyecto. A menudo los magistrados más antiguos presentaban resistencia para reconocer la validez de los acuerdos. Sin embargo, este problema no persiste en los días actuales pues fue creada una Secretaría Jurídica específica para los Balcones donde trabaja un juez vinculado al Proyecto para homologar dichos acuerdos. A partir de los resultados logrados a lo largo de los años los otros miembros del Tribunal de Justicia también han apoyado el desarrollo de esta iniciativa.



Ese reconocimiento ha sido fruto del perfeccionamiento continuo de los procedimientos adoptados a través de la reconstrucción de sus normativas. En ese sentido, el Tribunal aprobó la Resolución 08/2004, que modificó la Resolución 01/2003 e introdujo el Proyecto dentro del ámbito del Programa de Justicia Ciudadana y del Proyecto de Acceso a la Justicia. El cambio principal consistió en la definición más precisa de la competencia de todos los que forman parte del Proyecto así como de las demandas que pueden ser resueltas.

A pesar de la reforma normativa, en 2005 el Proyecto enfrentó un momento de depresión ocasionado por problemas financieros. El Tribunal de Cuentas del Estado de Bahia pasó a cuestionar la transferencia de los presupuestos a los asociados y, en consecuencia, el Tribunal restringió las actividades de los Balcones, lo que desencadenó un gradual proceso de decadencia y ostracismo que generó la falta de personal y de instrumentos adecuados de trabajo.

Para superar la crisis, en 2006 el Proyecto pasó por profundas transformaciones en su estructura con la Resolución 05/2006, normativa todavía vigente en la actualidad.<sup>373</sup> En esta época el Proyecto experimentó un momento de euforia que coincidió con la elección del nuevo Presidente del Tribunal que tenía como compromiso fundamental la humanización de la justicia “*baiana*.”

Se implantó la Secretaria de Acciones Sociales con la finalidad de administrar todos los Proyectos del Tribunal de Justicia de Bahia que ofrecían auxilio a las comunidades pobres de un modo general. Las actividades pasaron a ser coordinadas por un juez integrante del cuadro de jueces auxiliares de la Presidencia del Tribunal de Justicia y ganó fuerza institucional. En la actualidad

---

<sup>373</sup> Resolución disponible en: <http://www5.tj.ba.gov.br>. Acceso en: 20/08/2011.

el Proyecto está vinculado a la Asesoría II que coordina los Proyectos Especiales.<sup>374</sup>

Los cambios contribuyeron también al convencimiento de nuevos líderes comunitarios que pasaron a apostar por la propuesta de los Balcones y han divulgado sus beneficios a través de diferentes acciones en sus respectivas comunidades.

Uno de los principales cambios ocurrió en la política de asociaciones. El Tribunal estableció una nueva metodología según la que no habría más transferencias financieras del Tribunal a estas instituciones que a partir de ahora deberían demostrar el interés de abrazar el Proyecto de forma voluntaria a cambio de la autorización para instalar una unidad.

Además de Instituciones de Enseñanza Superior, otras entidades públicas o privadas también pudieron afiliarse al Proyecto. Con eso, hubo el incremento del número de convenios firmados, lo que representó la consolidación de la propuesta.

La redistribución de las unidades entre nuevos asociados y la inauguración de otras unidades en la capital y en el interior del Estado de Bahia confirieron al Proyecto el *status* de política pública en beneficio de la efectividad de la justicia. No obstante la descentralización, el Tribunal asumió el control de las actividades desarrolladas por los asociados y eso fortaleció el Proyecto.

Otro punto fuerte de esta reformulación fue la uniformización de los procedimientos realizados en los Balcones.<sup>375</sup> El Tribunal pasó a adoptar una metodología universal de trabajo para garantizar la calidad de los servicios en todas las unidades al mismo tiempo en que pudo construir una estadística real de los resultados logrados. Así, en todas las unidades están disponibles los modelos de acuerdo que deben servir de base para cada caso concreto.

---

<sup>374</sup> La Secretaria de Acciones Sociales fue creada por la Ley 10.400 de 23 de octubre de 2006. La Resolución n. 2/2010, de 9 de febrero de 2010, introdujo el Proyecto Balcón de Justicia y Ciudadanía en las atribuciones de la Asesoría II que Coordina los Proyectos Especiales.

<sup>375</sup> Sobre los procedimientos adoptados ver: [http://www5.tj.ba.gov.br/images/pdf/manual\\_procedimentos.pdf](http://www5.tj.ba.gov.br/images/pdf/manual_procedimentos.pdf). Acceso en 12/09/2011.

También se incrementó la capacitación de los mediadores con cursos más especializados que abordan tanto los procedimientos propios de los Balcones como la mediación de conflictos. Antes de iniciar la práctica los becarios deben necesariamente participar en estos cursos ofrecidos periódicamente por el Tribunal de Justicia y deben participar también en los cursos de perfeccionamiento y actualización.<sup>376</sup>

Por lo tanto, los cambios mencionados han promovido el fortalecimiento del Proyecto y conquistado cada vez más la confianza de la sociedad de un modo general. Se trata de un Proyecto bien estructurado que demanda la participación de distintos actores sociales, del Estado, del Poder Judicial, de la sociedad civil y de la comunidad académica. A lo largo de ese apartado se señalarán los aspectos más importantes que contribuyen a que esa iniciativa sea considerada una práctica modelo en términos de acceso a la justicia e inclusión social en Brasil.

### **3.2 Contexto en el que los Balcones están insertos**

Para lograr un entendimiento más efectivo, es imprescindible contextualizar el Proyecto Balcón de Justicia y Ciudadanía en el panorama nacional, tomando en consideración principalmente la realidad social de Bahia.

Bahia es una de las 27 unidades federativas de Brasil. Está ubicada en la región nordeste y su extensión territorial es de 567.692,669 km<sup>2</sup>, cuya capital es la ciudad de Salvador, conocida mundialmente por sus riquezas culturales y bellezas naturales. La población calculada en 2010 totalizó 14.016.906 habitantes.<sup>377</sup>

---

<sup>376</sup> Sobre la capacitación de los mediadores y coordinadores del Proyecto, realizada en 2010 ver: <http://www.tjba.jus.br>. Acceso en: 21/09/2011.

<sup>377</sup> Todos los datos resaltados en este tópico consideran las estadísticas de la "Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia- SEI." Datos disponibles en: <http://www.sei.ba.gov.br>. Acceso en: 07/10/2011.

El Estado de Bahia fue la primera capital del país, donde la flota de Pedro Alvares Cabral desembarcó en 1500, iniciando el proceso de colonización de Brasil en el que se utilizó ampliamente la mano de obra esclava, importada de África. Por eso, hasta los días actuales, la mayor parte de su población es negra y mulata lo que repercute en su cultura musical, culinaria y religiosa. Es importante resaltar que Bahia representa la mayor colonia de negros fuera de África.<sup>378</sup>

Bahia representa la sexta economía del país, con PIB superior a 143 millones de reales en 2010.<sup>379</sup> Relacionando ese dato con la población del respectivo Estado se calcula que son casi R\$ 10.207,00 reales de PIB per cápita.<sup>380</sup> Ocurre que el salario mínimo vigente, la renta de la mayor parte de la población, es de R\$ 545,00 reales.<sup>381</sup> O sea, la renta no está distribuida de forma igualitaria. En verdad, Bahia es una de las ciudades con mayor índice de desigualdad del país.

Esto se refleja en el Índice de Desarrollo Humano-IDH divulgado todos los años por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo-PNDU con la finalidad de dimensionar el avance mundial, considerando, además de la dimensión económica, otros caracteres sociales, culturales y políticos que influyen en la calidad de vida de los individuos. En el IDH están dimensionados tres factores importantes: análisis educacionales, de renta y longevidad de la población. El producto de la combinación de estos factores varía entre 0 (peor) y 1 (mejor). Así, cuanto más próximo a 1 la valoración del IDH, mayor será el nivel de desarrollo humano del país o de la región.

El IDH de Bahia es de 0,742 según el ranking de IDH de los Estados Brasileños publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el

---

<sup>378</sup> De acuerdo con el Censo Demográfico de 2010, la población de Bahia es compuesta por: 22,2% de blancos; 17,1% de negros, 1,1% de amarillos; 59,2% de pardos; 0,4% de indígenas. Datos disponibles en: <http://www.sei.ba.gov.br>. Acceso en: 07/10/2011.

<sup>379</sup> En 26 de diciembre de 2011, 1 euro equivale a 2,43 reales. Valor disponible en <http://www.xe.com>. Por tanto, 143 millones de reales corresponden a 58,8 millones de euros.

<sup>380</sup> Al realizar la conversión de monedas se concluye que 10.207,00 reales equivalen a 4.198,00 euros.

<sup>381</sup> Al realizar la conversión de monedas se concluye que 545,00 reales corresponden a 224,16 euros.

Desarrollo- PNUD. Con este resultado Bahia está en la decimonona posición en relación a las otras unidades federativas del país.<sup>382</sup>

Así, la realidad social de Bahia indica índices de desigualdades alarmantes que producen en un verdadero abismo entre ricos y pobres, que en su gran mayoría, vive al margen de la sociedad. Con eso, se verifica la concentración del poder y control por una minoría que excluye de la dinámica social a la mayor parte de la población que permanece desamparada en sus derechos.

Estos índices se reflejan también en el ámbito de la justicia. Los excluidos, privados de una educación de calidad, enfrentan una gran dificultad para satisfacer sus derechos en consecuencia del déficit de conocimiento sobre las reglas del ordenamiento jurídico vigente. Es importante resaltar que el lenguaje especializado, propio del Derecho, es casi incomprensible para estas personas. Aliado a este problema de ignorancia, se verifica que toda la estructura burocrática, elitista y faraónica del Poder Judicial descrita en el panorama de la administración de justicia en Brasil es, desde su origen, dirigida a los ricos y distante de la comunidad desinformada del acceso a la justicia por las vías tradicionales.

La dificultad también es derivada de las limitaciones financieras de mayor parte de la población, que no puede contratar un abogado. En todos los estados brasileños existe un órgano responsable para representar en juicio los ciudadanos que no pueden pagar un abogado, denominado “*Defensoría Pública*”. En Bahia este órgano también enfrenta graves problemas derivados principalmente del número reducido defensores públicos aprobados en concurso para ese servicio. Las colas para conseguir una cita son inmensas y todavía existe la limitación procesal que determina la imposibilidad de la Defensoría representar más de una parte en la relación procesal. Con eso, cuando una de las partes declara que no tiene condiciones de pagar un

---

<sup>382</sup>Informaciones disponibles en: <http://www.pnud.org.br>. Acceso en: 19/10/2011.

abogado y está siendo defendida por un defensor público, la otra obligatoriamente deberá contratar un abogado.

Por tanto, el Poder Judicial de Bahia, igual que el del resto del país, ha pasado por una crisis sistémica y está colapsado y eso afecta de modo considerable las personas de baja renta. Sus órganos han promovido distintas acciones para revertir la situación de crisis y ofrecer una justicia más eficaz, sobre todo a través de la mediación para resolver determinados conflictos que no necesitan de la actuación jurisdiccional del estado. La aplicabilidad de la mediación en las comunidades<sup>383</sup> ha presentado un verdadero cambio social, principalmente en los contextos que se caracterizan por una gran desigualdad económica, política, cultural y social entre los individuos.

### **3.3 Estructura del Proyecto**

La estructura de personal y física de los Balcones está estandarizada y sigue los parámetros establecidos por el Tribunal de Justicia. Eso facilita el desarrollo adecuado de las actividades y la elaboración de una estadística fiable de los resultados presentados por el Proyecto.

#### **4.3.1 Estructura de personal**

El artículo 6 de la Resolución 5/2006 del Tribunal de Justicia de Bahia establece que la estructura organizacional de los Balcones es la siguiente:

---

<sup>383</sup>Para este estudio, la denominación de la palabra comunidad será atribuida para aquellos agrupamientos de personas que viven en la misma localidad geográfica y que, en esta condición, tienden a compartir los mismos servicios, conflictos, códigos de conducta, lenguaje y valores.

- I – Coordinación General;**
- II – Coordinación Jurídica;**
- III – Coordinación de la Ejecución;**
- IV - Equipo de Acompañamiento;**
- V – Instituciones Ejecutoras;**
- VI – Instituciones de Apoyo;**
- VII – Asociados Institucionales;**
- VIII – Agentes de Ciudadanía.**

La coordinación general es ejercida por un juez, asesor-jefe de la “Asesoría de la Acción Social del Tribunal de Justicia.” Este es el principal administrador el Proyecto, cuyas funciones primordiales son: crear el equipo de acompañamiento; identificar a los asociados ejecutores para la viabilidad del Proyecto; aprobar, en conjunto con el coordinador jurídico, proyectos de instituciones que pretendan apoyar o ejecutar las actividades de los Balcones; aprobar las localidades donde las instituciones ejecutoras pretendan instalar una nueva unidad; promover reuniones periódicas con todos los participantes para discutir el perfeccionamiento del Proyecto; aprobar informes de funcionamiento emitidos por el equipo de acompañamiento; administrar los recursos financieros; promover la integración entre los diversos asociados del Proyecto; proveer junto al órgano competente las condiciones materiales necesarias al funcionamiento de los Balcones; exigir del ejecutor el registro de los alumnos y de los agentes comunitarios; decidir, en conjunto con la coordinación de ejecución, la realización de los cursos de capacitación de personal; velar por el efectivo cumplimiento del Proyecto, en los términos del manual de procedimientos de los servicios del Balcón de Justicia y Ciudadanía; presidir el acto de instalación de nuevas unidades; conceder entrevistas y divulgar, a través de los distintos medios de comunicación los servicios ofrecidos por los Balcones; determinar la suspensión temporal de las actividades de una unidad cuando se solicite.

Por lo tanto, la coordinación general es el órgano responsable de trazar todas las directrices del Proyecto y aprobar las decisiones de las otras

coordinaciones, sobre todo del equipo de acompañamiento y de la coordinación de ejecución.

La coordinación jurídica también es ejercida por un juez, designado por el Presidente del Tribunal de Justicia, cuya principal competencia es homologar los acuerdos logrados en los Balcones. Actúan como auxiliares de los juzgados de familia, en los conflictos de esta naturaleza; presidir audiencias de mediación y conciliación en los casos que necesiten de ratificación de los términos del acuerdo; proferir las sentencias homologatorias; determinar la realización de medidas para la realización de los actos procesales, tales como la expedición de oficios y mandamientos.

El coordinador jurídico tiene el apoyo de la secretaria jurídica que es integrada por: un abogado, un secretario, dos subsecretarios, un aprendiz y dos escribanos. La función de la Secretaria es practicar todos los actos necesarios a la tramitación de los procesos hasta su terminación. Al recibir un acuerdo para ser homologado este personal confiere la regularidad del mismo y de la documentación antes de remitirlo a la apreciación del juez. Para que las partes y los supervisores de los Balcones puedan acompañar el proceso de tramitación del acuerdo, la secretaria jurídica realiza el registro en el Sistema de Acompañamiento e Información Procesal- SAIPRO<sup>384</sup> para dar publicidad a los actos procesales. Esta secretaria debe presentar a cada dos meses informes con los datos de las asistencias de los Balcones a la coordinación general.

La coordinación de la ejecución, a su vez, es ejercida por un funcionario del Tribunal, nombrado por las coordinaciones: general y jurídica. Compete al coordinador de ejecución: identificar posibilidades de convenio con otras instituciones y fiscalizar la ejecución de estos convenios; determinar las áreas donde serán instalados los Balcones; seleccionar los aprendices,

---

<sup>384</sup> El SAIPRO es un sistema de datos que facilita información detallada de todos los procesos judiciales, permitiendo que las partes, los abogados, los jueces y tribunales conozcan todos los trámites procesales. Cuando un acuerdo de los Balcones llega a la Secretaria Jurídica este es registrado en el SAIPRO y después de su homologación pasa a integrar los datos estadísticos del Poder Judicial.



secretarios y supervisores vinculados al Tribunal; promover reuniones periódicas con los coordinadores; aprobar los informes enviados mensualmente por los coordinadores locales; facilitar el material necesario para las actividades.

Es importante resaltar que la coordinación de ejecución es asesorada por la coordinación local que es ejercida por un abogado, cuya competencia es administrar el funcionamiento de cada unidad; acompañar las actividades desarrolladas por los aprendices; subscribir los acuerdos y enviar informes mensuales del respectivo Balcón donde actúa. Es imprescindible que los supervisores sean abogados en situación regular con el Colegio de Abogados.

El equipo de acompañamiento es formado por funcionarios del propio Tribunal. Este equipo debe acompañar todas las actividades de los Balcones; recogen y sistematizan las informaciones encaminadas por los coordinadores locales; promueven y viabilizan las acciones de ciudadanía y elaboran un plan de acción para perfeccionar los trabajos.

Las instituciones ejecutoras, instituciones de apoyo y asociados Institucionales son los miembros de los convenios firmados con el Tribunal que pueden ser instituciones gubernamentales, de iniciativa privada o Instituciones de Enseñanza Superior. De acuerdo con la modalidad de la asociación firmada, son responsables de contribuir a la instalación y manutención de unidades del Proyecto y promover la aproximación entre los Balcones y la comunidad.

Por fin, los agentes de ciudadanía son líderes comunitarios que contribuyen a la divulgación del Proyecto en las comunidades por medio de acciones afirmativas en escuelas, asociaciones de barrios y otros. Son los responsables de aproximar los Balcones a las comunidades y funcionan como puente entre las personas que viven allí y las coordinaciones arriba descritas.

Los mediadores no forman parte de la estructura organizacional del Proyecto sin embargo son una pieza fundamental para el funcionamiento de los Balcones, como se observará en un tópico específico.

### 3.3.2 Sistema de asociación

El sistema de asociación es vital para la existencia del Proyecto Balcón de Justicia y Ciudadanía porque viabiliza su desarrollo desde el punto de vista presupuestario y estructural. Ese sistema es importante porque contribuye a la interdisciplinaridad y convoca la participación de diferentes instituciones de la sociedad civil.

Cuando un asociado está interesado en la fundación de un Balcón de Justicia él solicita la autorización de la Presidencia del Tribunal. Es imprescindible justificar la relevancia social y demostrar cómo contribuirá a la práctica. A partir de ahí, verificada la conveniencia y la oportunidad, se inicia un proceso administrativo que culminará o no en la elaboración del convenio. El proceso administrativo comienza con el envío de una propuesta escrita en la que los candidatos deben indicar:<sup>385</sup>

- breve historia de las actividades desarrolladas por el proponente;
- el local donde será instalada la unidad;
- previsión del número de solicitudes;
- disponibilidad de abogados y becarios;
- compromiso en relación a las instalaciones físicas y manutención;
- diseño de la estructura;
- los documentos necesarios de los responsables;
- comprobante de que cumple con sus obligaciones fiscales.

El Tribunal analiza la viabilidad y la relevancia de la celebración de cada convenio. Para eso, realiza un estudio previo sobre los candidatos y sus propuestas e investiga sobre la respectiva comunidad donde se pretende

---

<sup>385</sup> Ver: [http://www5.tj.ba.gov.br/images/pdf/convenio\\_bjc.pdf](http://www5.tj.ba.gov.br/images/pdf/convenio_bjc.pdf). Acceso en: 29/10/2011.

desarrollar la mediación comunitaria. Las posibilidades de acceso a la justicia y las condiciones financiera y educacional de la población son criterios utilizados para la conclusión final.

Desde la reestructuración en 2007 diversas entidades públicas o privadas se han afiliado al Proyecto. El gráfico siguiente permite la visualización de la evolución del número de asociaciones consolidadas a lo largo de la trayectoria del Proyecto:

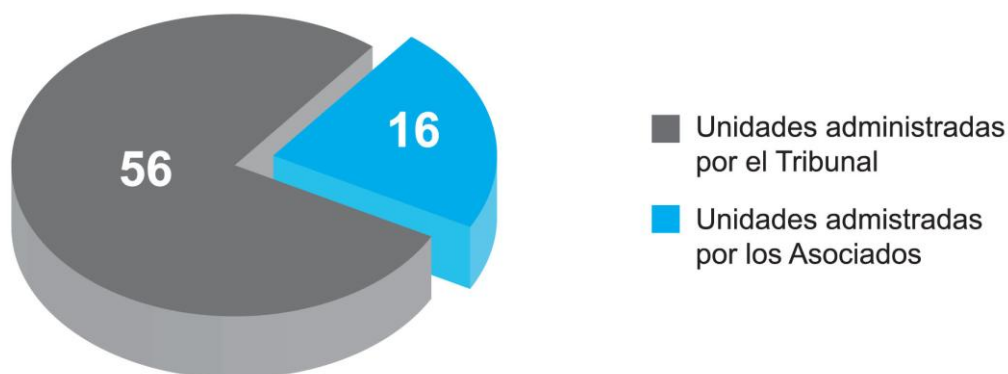


Así, a pesar de la nueva política financiera del Proyecto instituida en 2007, que transfirió los costos a los asociados, hubo un gran crecimiento del número de convenios firmados. El gráfico muestra que el número de entidades asociadas permaneció estable entre 2008 y 2009 pero creció considerablemente en 2010 y, principalmente, en 2011. El índice de convenios firmados en el primer semestre de 2011 es expresivo, lo que indica que la propuesta se ha consolidado progresivamente y actualmente es reconocida como importante política pública para el perfeccionamiento de la administración de justicia.

La mayor parte de las unidades es fruto del sistema de asociaciones. La estadística del gráfico siguiente sobre los datos de 2011 muestra que el

78% de los Balcones que están funcionando reciben el apoyo de algún asociado:

### **Relación entre las unidades administradas por el Tribunal y por los Asociados- Primer semestre de 2011**



De ese modo, los asociados ejercen un papel fundamental en el desarrollo del Proyecto. La mayor parte está representada por instituciones de enseñanza superior que aprovechan la oportunidad para fomentar las actividades prácticas desarrolladas por sus estudiantes, principalmente en los ámbitos del Derecho y de la Psicología.

#### **3.3.3 Estructura física**

La instalación de un Balcón de Justicia y Ciudadanía puede ocurrir a expensas del Tribunal de Justicia, que en este caso financia la instalación, manutención, herramientas de trabajo y remuneración de los abogados y aprendices. Por otro lado, la instalación también puede derivar de asociaciones y en este caso los asociados se responsabilizan del funcionamiento de la unidad y sus respectivos gastos. Así, la aportación de los instrumentos de trabajo, tales como: ordenadores, impresoras, mesas, sillas, armarios, papel, bolígrafos, personal, depende de la existencia o no de dichos convenios.

Para formalizar una asociación se toma en consideración, además de otros aspectos, la adecuación de las instalaciones físicas del inmueble donde funcionará el Balcón. Es vital que el local sea de fácil acceso, en el seno de las comunidades.

El modelo de estructura física es simple y diferente de las pomposas instalaciones de los Órganos del Poder Judicial. Eso porque se pretende que los mediados, personas de baja renta, se sientan confortables en el ambiente. Aunque simple, la estructura está de acuerdo con los preceptos de la mediación. Los colores utilizados son claros para inspirar tranquilidad y las mesas son redondas pues así no existen lados opuestos, lo que incentiva actitudes colaborativas entre las partes.

Los Balcones deben poseer una recepción para los asistidos, una estructura de secretaría, cuarto de baño y por lo menos dos salas de mediación cuya acústica debe ser adecuada para asegurar la confidencialidad de las sesiones. Este cuidado es todavía más evidente en los casos de mediación comunitaria porque los mediados conviven en la misma localidad y se conocen mutuamente.

En la práctica, no todos los Balcones poseen la estructura física ideal, sobre todo los más antiguos. Para adecuarlos el Tribunal está promoviendo, en conjunto con las entidades asociadas, reformas a través de la coordinación de ejecución del Proyecto con las que se pretende uniformizar todas las instalaciones.

El Tribunal también está empeñado en modernizar los instrumentos de trabajo para sustituir los ordenadores obsoletos por máquinas nuevas, instalar internet, incluir el Sistema de Acompañamiento e Información Procesal – SAIPRO en todas las unidades.

### 3.4 Los mediadores

En Brasil todavía no existe una legislación específica sobre la mediación de conflictos. Así, la función de los mediadores no está regulada en el país.<sup>386</sup> En el Proyecto de Ley que está en trámite en el Congreso Nacional sobre la mediación de conflictos, se considera mediador cualquier persona capaz, de conducta idónea y con formación técnica y experiencia práctica en mediación. En ese sentido, actualmente no existen criterios objetivos y legales para el ejercicio de la función de mediadores en Brasil. En la práctica, cada entidad privada o gubernamental que utiliza este procedimiento determina sus propias reglas para que una persona realice la mediación.

Por un lado, la falta de legislación sobre esta materia ha incrementado la interdisciplinariedad de la mediación en Brasil, en la medida en que personas de distintas formaciones han ejercido la función mediadora. Por otra parte, eso dificulta el perfeccionamiento de la técnica en el país ya que no se exige criterios universales para legitimar a los mediadores.

Las instituciones públicas o privadas que utilizan la mediación de conflictos exigen de los mediadores una previa capacitación teórica y práctica. No existe un control formal de estos cursos ni tampoco de la actividad desarrollada por los mediadores. En verdad, la propia sociedad y los miembros del Poder Judicial ejercen este control de calidad.

La mayor parte de los mediadores del Proyecto Balcón de Justicia y Ciudadanía son aprendices, alumnos de la Carrera de Derecho de distintas Facultades del Estado. Se privilegia a los becarios que hayan cursado por lo menos la asignatura sobre Derecho de Familia para facilitar la formalización legal de los acuerdos. También actúan como mediadores del Proyecto alumnos de otros cursos superiores, sobre todo de los que tienen el ser humano como objeto de estudio, principalmente de la Carrera de Psicología.

---

<sup>386</sup> VASCONCELOS, Monica; LOPEZ, Marcio. O mediador de conflitos. En: ALMEIDA, Denise; SALES, Lília (Org.). *Mediação em perspectiva- Orientações para mediadores comunitários*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004, p. 49-57.

Hay dos clases de becarios-mediadores: los contratados por el propio Tribunal que actúan en los Balcones de su responsabilidad y los contratados por las entidades asociadas del Proyecto. La mayoría de ellos ejerce la función de modo voluntario, en otras palabras, no reciben ningún tipo de remuneración para desempeñar esta actividad. Existe un sistema de rotación entre los estudiantes que en su gran mayoría realizan actividades en los Balcones una o dos veces a la semana.

De un modo general el proceso de selección de estos mediadores consiste en un examen escrito sobre el manual de procedimientos de los Balcones y sobre la mediación de conflictos. Posteriormente es realizada una entrevista con el supervisor de la respectiva unidad. La contratación final depende de la evaluación sobre la actuación práctica de estos becarios.

En un primer momento se puede pensar que no es adecuado el ejercicio de la función mediadora por alumnos de estas Carreras, o sea, por personas que todavía no tienen el título universitario de grado superior, tal cual es la exigencia mínima para los mediadores en algunos países.<sup>387</sup> Es indiscutible que la madurez adquirida con la conclusión de los referidos cursos

---

<sup>387</sup> En España por ejemplo, “el mediador ha de ser titulado universitario superior (licenciatura, o en un futuro inmediato universitario)...Es cierto que el mediador puede disponer de una formación básica pluridisciplinar (Derecho, Educación, Graduado Social, Psicología, sociología, Trabajo Social, e incluso la Criminología-muy apta para la mediación penal- o titulaciones vinculadas al ámbito sanitario pero debe haber recibido igualmente una formación especializada en materia de mediación.” MARTÍN DÍZ, Fernando. *Op. Cit.* p. 194-195.

En ese sentido, Diana Ordoñez explica que existen diversas titulaciones y diferentes maneras de conseguir un título académico que nos habilite como mediadores, como profesionales de las distintas áreas formados específicamente para actuar como intermediarios en la resolución de conflictos de diversa naturaleza. Prácticamente en todas las CC.AA se le exige al mediador una formación específica, e inscripción en el Registro de Mediadores. Titulaciones universitarias de grado superior o medio, psicólogos, abogados, trabajadores y educadores sociales son comunes a todas las CC.AA algunas amplían a graduados sociales (Valencia) Psicopedagogos y pedagogos (Castilla-León y Baleares). Castilla la Mancha incluye a las administraciones públicas y entidades públicas y privadas. ORDÓÑEZ, Diana T. La mediación en España. En: SOUTO, Esther. *La mediación: Un instrumento de conciliación*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 62. Esta autora introdujo en su artículo una comparativa de las diferentes comunidades autónomas tocando, entre otros, los requisitos legales que deben cumplir los mediadores, disponible en las páginas 68-72.

Para mayores detalles ver: Ley 1/01 Cataluña; Ley 4/01 Galicia; Ley 7/01 Valenciana; Ley 15/03 Canarias; Ley 4/05 Castilla-Mancha; Ley 1/06 Castilla-León; Ley 18/06 Balear; Ley 3/07 Asturias; Ley 1/07 Madrid; Ley 1/2008 País Vasco; Ley 1/2009 Andalucía; Orden Foral Navarra 147/2007.

suele contribuir a la calidad de los mediadores, pero este no es un requisito indispensable a un buen mediador y tampoco garantiza la habilidad de estos profesionales. Su capacidad de administrar de modo eficaz la mediación dependerá de su propia naturaleza y de una adecuada capacitación en las distintas técnicas que se utilizan la mediación, aliada a la experiencia práctica.

El hecho de incluir alumnos de la Carrera de Derecho en la actividad mediadora de los Balcones ha proporcionado numerosos beneficios para la formación de estos individuos que pasan a contemplar el conflicto entre personas desde una nueva óptica.

Tradicionalmente, las Carreras de Derecho incentivan a los alumnos a asumir posturas litigantes. El profesional del Derecho no tiene en su formación una amplia divulgación de los métodos consensuales por eso no están acostumbrados a mediar conflictos.<sup>388</sup> En este sentido, es considerado un buen abogado aquel que defiende los intereses de sus clientes a partir de una confrontación directa con la otra parte y su respectivo representante legal para ganar el proceso a toda costa. El otro es contemplado como enemigo, como amenaza. “En la Universidad se enseña a los abogados que su calidad jurídica se medirá por la cantidad de juicios que ganen y no por la cantidad de pleitos que eviten o terminen por el acuerdo de las partes. Incluso se piensa que un abogado negociador es un abogado débil. Se confunde la debilidad con la capacidad de diálogo. Se confunde la fortaleza con la intransigencia y con la rigidez, la tozudez o la falta de capacidad de diálogo.”<sup>389</sup>

En la sociedad actual los abogados fueron invitados a repensar sus papeles en la medida en que el diálogo se ha convertido en pieza clave para la solución de los conflictos.<sup>390</sup> En ese contexto surge el abogado negociador, capaz de ofrecer una solución más rápida, humana y justa para sus clientes a

---

<sup>388</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, p. 118.

<sup>389</sup> MEJÍAS, Juan Francisco. *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*. Madrid: El Derecho y Quantor, 2009, p. 60.

<sup>390</sup> Reconociendo la necesidad de incrementar la formación de los abogados, el Ministerio de Educación de Brasil, a través de la resolución 9 de 29/09/2004, pasó a exigir la obligatoriedad de prácticas jurídicas en el currículo de las Carreras de Derecho, privilegiando la adopción de mecanismos consensuales de solución de conflictos. Para informaciones más detalladas, ver: <http://www.domtotal.com>. Acceso en 05/11/2011.



partir de negociaciones. Hoy en día, cada vez más, los abogados intentan una solución pacífica antes de ingresar en el proceso judicial.

En ese aspecto es importante añadir que cuando un abogado actúa como mediador él no puede asumir el compromiso como abogado de ninguna de las partes. Existe una diferencia fundamental en la deontología de los abogados y de los mediadores. El profesor Hierro argumenta que “(...) lo peculiar de la deontología deriva del rol que se desempeña y el rol deriva de la organización institucional de la función (...) El rol característico del abogado es la parcialidad pues su función consiste en optimizar los intereses de su cliente.”<sup>391</sup> El rol característico del mediador, a su vez, es la imparcialidad, es decir, el mediador debe ser independiente y no puede estar vinculado con las partes ni con la causa. Esa diferencia deontológica es uno de los temas centrales de los cursos de formación y capacitación de los mediadores del Proyecto Balcón de Justicia y eso incrementa aún más la formación de estos alumnos.

La práctica de los Balcones también es beneficiosa para los estudiantes porque les proporciona el conocimiento de realidades distintas de las suyas. Conviven con personas de comunidades pobres, escuchan y se solidarizan con sus problemas, lo que fortalece su formación como ciudadano. Sergio Fernández Riquelme advierte a los mediadores comunitarios, afirmando:

En el caso de la mediación, el profesional tiene que manejar el conflicto responsabilizándose de reconocer la realidad social donde operan las partes en litigio y donde trabaja el mismo mediador. Esta realidad social aparece así como los modos de comprender la experiencia social a través de la interacción personal; ante ella, el mediador debe ser consciente de la misma, interpretar fielmente la experiencia personal del cliente respecto la comunidad, y analizar las influencias del entorno social tanto en su actuación como en la posición de las partes.<sup>392</sup>

---

<sup>391</sup> HIERRO, Liborio. Deontología de las profesiones jurídicas- Una discusión académica. En: *Revista de Pensamiento Jurídico- El derecho de defensa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 89 y 91.

<sup>392</sup> FERNÁNDEZ. Sergio. *Teoría y práctica de la mediación: La gestión alternativa de los conflictos sociales*. Murcia: Universidad de Murcia, 2009, p. 99.

En entrevista realizada con un mediador-alumno que actúa en el Proyecto desde febrero de 2009, Daniel Carneiro, se preguntó: *¿De qué modo el Proyecto Balcón de Justicia y Ciudadanía contribuye a su formación como abogado?* Él dijo:

La experiencia desarrollada en el Balcón de Justicia y Ciudadanía ofrece una visión humanística del Derecho, más próxima de la realidad. Consiste en una oportunidad diferenciada en la que, a través de la aplicación de medios alternativos de solución de conflictos, el estudiante, futuro “operador del Derecho” se vuelve apto a tratar intereses conflictivos con la finalidad de lograr una solución pactada en el consenso, que solucione el antagonismo y satisfaga a los intereses de las partes. El becario, en la práctica, contempla el conflicto como oportunidad de proporcionar a los mediados una perspectiva positiva sobre el problema e incentiva el surgimiento de una nueva realidad en el ámbito de aquella relación. El concepto de justicia trasciende a la mera aplicación de los términos legales puesto que tales rigores ni siempre atienden aquello que aflora del complejo y mutable ámbito de las relaciones sociales. Tal entendimiento se revela de importancia basililar al futuro abogado. Son pocas las oportunidades, en la tradicional formación jurídica, de una vivencia diferenciada como la que se desarrolla en el Balcón de Justicia, que incrementa el sentido de justicia de los becarios, considerada en su más amplia concepción.<sup>393</sup>

Para los estudiantes de psicología también es importante porque amplía las posibilidades de actuación. Un buen psicólogo debe manejar adecuadamente las emociones de las personas que enfrentan una situación de conflicto y eso es imprescindible en la mediación. De acuerdo con Trinidad Bernal: “Es importante el conocimiento de las emociones para la acción mediadora así como el ejercicio de ciertas habilidades de empatía, escucha

---

<sup>393</sup> A experiência de estágio no Balcão de Justiça e Cidadania oferece uma visão humanística do Direito, mais próxima da realidade. Consiste numa oportunidade diferenciada em que, através da aplicação de meios alternativos de solução de conflitos, o acadêmico futuro “operador do Direito,” se torna apto a tratar interesses conflituosos com vistas a uma solução pactada no bom senso, que resolva o antagonismo e satisfaça os interesses das partes. O estagiário, na prática, consegue visualizar o conflito como oportunidade de conferir aos mediados uma perspectiva positiva acerca do problema, incentivando o surgimento de uma nova realidade no âmbito daquela relação. O conceito de Justiça transcende a mera operacionalização e aplicação dos termos legais uma vez que tais rigores nem sempre atendem aquilo que aflora do complexo e mutável âmbito das relações sociais. Tal entendimento se revela de importância basililar ao futuro Advogado. Poucas são as oportunidades, na tradicional formação jurídica, de uma vivência diferenciada como a do Balcão, que conferem ao estagiário o senso de Justiça, considerada em sua mais abrangente concepção.

activa, comunicación, relaciones interpersonales y manejo del conflicto. Estos conocimientos y habilidades son propios de la capacitación del psicólogo.”<sup>394</sup>

Es importante aclarar que toda la labor de los becarios-mediadores está coordinada por un abogado con formación y amplia experiencia en mediación de conflictos. Ellos participan del proceso de capacitación de los aprendices, auxilian en las secciones de mediación y revisan todos los acuerdos logrados antes de enviarlos al Tribunal para la respectiva homologación.

#### 3.4.1 Capacitación de los mediadores

Hasta la publicación de la Resolución 125 del Consejo Nacional de Justicia en noviembre de 2010 la capacitación de los mediadores de los Balcones seguía las indicaciones del Consejo Nacional de Instituciones de Mediación y Arbitraje de Brasil- CONIMA, órgano que elaboró algunas directrices para determinar criterios para una capacitación adecuada para el ejercicio de la función de los mediadores.<sup>395</sup>

La Resolución 125 estableció la Política Nacional de tratamiento adecuado de los conflictos de interés con la finalidad de asegurar el derecho de solucionar sus conflictos a través de mecanismos adecuados a su naturaleza. Incentiva el uso de los instrumentos consensuales y tiene como meta estimular, difundir y sistematizar las experiencias que han sido desarrolladas en Brasil.

Uno de los principales aspectos abordados en la Resolución está relacionado con los mediadores y con su respectiva capacitación. No había criterios universalmente validos y cada institución promovía de determinada manera la formación de los mediadores. El Consejo Nacional de Justicia, a

---

<sup>394</sup> SAMPER, Trinidad. Psicólogo y Mediación. Disponible en: <http://www.infocop.es>. Acceso en 05/11/2011.

<sup>395</sup> Disponible en: <http://www.conima.org>. Acceso en: 12/11/2011.

través de la supra mencionada Resolución, determinó que todos los Tribunales deben crear Centros de Mediación y Conciliación y para eso deben realizar todas las acciones necesarias, incluso formar mediadores con calidad.

La capacitación de los mediadores del Proyecto Balcón de Justicia y Ciudadanía está adecuándose a las exigencias del Consejo Nacional de Justicia, que establece un modelo compuesto por tres módulos sucesivos y complementares que corresponden a diferentes niveles de capacitación. El primer, intitulado de Introducción a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, aborda nociones básicas del conflicto y de las diferentes formas de solventarlo. El segundo aborda la conciliación y sus técnicas y el tercer modulo trata de la mediación de conflictos. Enfoca las diferentes teorías sobre el tema, la interdisciplinariedad y las modalidades de mediación. La formación teórica es complementada con la capacitación práctica. La Resolución 125 también creó un modulo específico para a capacitación de los magistrados con la finalidad de integrarlos a la Política Publica antes mencionada.

En el Proyecto Balcón de Justicia y Ciudadanía los Cursos de formación han abordado los siguientes contenidos:

- 1- Paradigmas contemporáneos: discusión sobre los paradigmas de la humanidad en los días actuales.
- 2- Aspectos sociológicos contemporáneos: contexto y aspectos ideológicos de diferentes grupos sociales.
- 3- Aspectos psicológicos: comportamiento humano; estudios de las necesidades y su satisfacción; entrevista y su especificidad en la mediación.
- 4- Comunicación: escucha; axiomas; teoría de las narrativas; estudio de las relaciones interpersonales.
- 5- Derecho: conceptos importantes; nociones generales de Derecho en distintos contextos de actuación; conocimiento y articulación de los conceptos de justicia.
- 6- Conflictos: concepto y estructura; aspectos objetivos y subjetivos; construcción de los conflictos y causalidad circular.

- 7- Instrumentos de resolución alternativa de disputas; historia; panorama nacional e internacional: negociación; conciliación; mediación y arbitraje.
- 8- Mediación de conflictos: concepto; filosofía; etapas del proceso; modelos de mediación.
- 9- Mediador: función; postura; calificación; ética.
- 10-Áreas de actuación: familiar; comercial; trabajo; organizacional; comunitaria; escolar; penal; internacional; medio ambiente; y otros.

Al término de esta etapa es necesaria la realización de una evaluación para constatar el aprendizaje del alumno en el curso, según la que estará aprobado o no para el ejercicio de la mediación.

La segunda etapa del proceso de capacitación consiste en la parte práctica que se desarrolla con la participación en casos reales. Se exige que el becario actúe en tres diferentes posiciones en el ejercicio de la mediación: observador, co-mediador y mediador, presentando un informe final de la experiencia vivida. Reciben el certificado de capacitación básica para ejercer la función de mediador sólo los que concluyen todo el Curso de Capacitación con sus respectivas etapas.

Una vez aprobados en el proceso de selección para formar parte del Proyecto Balcón de Justicia y Ciudadanía, los estudiantes todavía son capacitados sobre los procedimientos propios del Proyecto. En ese Curso los mediadores aprenden a redactar los acuerdos y organizar la documentación para enviar el proceso a la Secretaría Jurídica para la homologación.

Existen todavía los cursos de capacitación en áreas específicas de la mediación que sirven para incrementar la capacitación básica. El tema relevante en el entorno de los Balcones es la mediación familiar.

La parte teórica aborda las temáticas arriba señaladas, enfatizando la realidad empírica de la mediación en el contexto de los Balcones, pero la carga horaria de estos cursos todavía es muy reducida. Esa carga horaria es variable de acuerdo con la naturaleza y finalidad de cada formación, en

promedio, totalizan 24 horas/clase. La parte práctica, a su vez, es realizada en el ámbito de los propios Balcones con la supervisión del coordinador local, o sea, del abogado responsable de la unidad.

Los cursos de capacitación ocurren periódicamente a cada trimestre una vez que existe una gran movilidad de becarios que participan en el Proyecto. Cada vez que un nuevo grupo de aprendices pasa a integrar el cuadro de mediadores, el Tribunal promueve nuevos cursos de capacitación, orientando a los participantes sobre las técnicas de mediación, sobre el manual de procedimientos utilizado y sobre temas jurídicos relevantes.

Creo que la formación y capacitación de los mediadores debe ser una de las principales finalidades de cualquier Proyecto que se proponga utilizar esta técnica pues la competencia del mediador consiste en un aspecto fundamental para el perfeccionamiento de esta actividad. El Tribunal se muestra consciente de la importancia de un proceso de capacitación de calidad y ha invertido considerablemente en ese sentido.

#### 3.4.2 Ética de los mediadores

El Consejo Nacional de Justicia estableció un Código de Ética para asegurar el desarrollo de la función mediadora de forma adecuada en el ámbito de la Política Nacional de tratamiento de los conflictos.

Este Código de Ética determina que el mediador debe pautar sus conductas en principios éticos, respetando la voluntad de las partes, ya que la mediación se fundamenta en la autonomía de las mismas. Define como principios a ser observados por los mediadores:

**Confidencialidad:** La confidencialidad es primordial para un mediador. Él no puede divulgar las discusiones desarrolladas en las sesiones de mediación, sobre todo en el ámbito de la mediación comunitaria, donde la mayoría de los asistidos viven en la misma comunidad. El principio de la confidencialidad será relativizado en los casos de autorización expresa de las

partes, violación del orden público o de las leyes vigentes. En ninguna hipótesis el mediador podrá ser testigo en un proceso legal tampoco podrá ser abogado o terapeuta de los mediados.

**Competencia:** La competencia del mediador está íntimamente ligada a la capacidad para mediar la controversia de forma adecuada. Para eso, es indispensable que él participe constantemente de cursos de capacitación y reciclaje en mediación de conflictos. Por tanto, la formación debe ser continua.

**Imparcialidad:** Consiste en condición fundamental del mediador, que debe estar libre de cualquier vínculo con la causa o con las partes. Para que un mediador sea imparcial es indispensable que él comprenda la realidad de los mediados sin preconceptos que puedan interferir en su actuación. Una actitud imparcial presupone, además de ofrecer iguales oportunidades a las partes, permanecer atento a su postura física y a las inflexiones de voz, que pueden demostrar un juicio de valor, lo que compromete la actividad mediadora.

**Independencia y autonomía:** El mediador no puede sufrir presiones externas o internas. Así, puede rechazar, suspender e interrumpir las sesiones cuando juzgue necesario.

**Respeto al orden público y a la ley vigente:** Los acuerdos logrados no pueden violar el ordenamiento jurídico y el orden público.

El Código de Ética también establece que el mediador solamente deberá aceptar el encargo en el caso de que esté comprometido en actuar de acuerdo con los supra mencionados principios y normas éticas pertinentes al ejercicio de esta función. En este sentido, deberá revelar, antes de aceptar la indicación, cualquier impedimento que pueda afectar su imparcialidad e independencia.

Una vez elegido el mediador, se establece una relación de confianza personalísima, transferible únicamente por motivo de fuerza mayor y con consentimiento expreso de las partes. En el desarrollo de la actividad mediadora, él debe:

- Comunicar de forma clara y objetiva las reglas y las etapas del proceso de mediación, explicando los principios del procedimiento.
- Garantizar a las partes la oportunidad de comprender y evaluar el proceso de mediación y las respectivas cláusulas del acuerdo negociado.
- Esclarecer sus honorarios y las modalidades de pago. En el ámbito de los Balcones el mediador debe resaltar la gratuidad de los servicios.
- Ser prudente y no prometer o garantizar resultados positivos.
- Observar la restricción de no actuar como profesional contratado por ninguna de las partes. Incluso es importante que desde el comienzo el mediador resalte que actuará de forma desvinculada de su profesión de origen.
- Cuando realizar el *caucus*, sesiones separadas con una de las partes, también ofrecer la misma oportunidad a la otra, para no comprometer su imparcialidad. Al final de estas sesiones, debe discutir con el mediado cuales son los puntos secretos y cuales él puede presentar en las sesiones en conjunto.
- Asegurar la participación activa de las partes, buscando equilibrio de poder entre las mismas, que deben tener informaciones suficientes para evaluar y decidir en el proceso de mediación.
- Eximirse de forzar la celebración de un acuerdo o de tomar decisiones por las partes. Es indispensable respetar los diferentes puntos de vista de cada mediado y asegurar que la solución sea alcanzada de forma voluntaria y no coercitiva.
- Confirmar si las partes comprenden completamente los términos del acuerdo y sus consecuencias.



- Recomendar a las partes una revisión legal del acuerdo antes de subscribirlo. En los Balcones esto no es necesario, una vez que el abogado-supervisor realiza esta revisión.

En el ámbito de los Balcones, cuando los supervisores tienen conocimiento de algún acto cometido por los mediadores que no es ético ellos informan al equipo de acompañamiento que lleva a cabo las providencias necesarias. El mediador es invitado a comparecer en el Tribunal para exponer su versión de los hechos y, dependiendo de la gravedad del caso, será destituido de la función y puede sufrir un proceso judicial.

### 3.5 Tipos de conflictos solucionados

La Resolución 5/2006 define que compete a los Balcones de Justicia y Ciudadanía ofrecer orientación, asistencia jurídica, conciliación y mediación de conflictos de interés en los casos de divorcios, pensión alimenticia, reglamentación del régimen de visitas y uniones de hecho y en las cuestiones civiles de menor complejidad, descritas en *caput* del artículo 3 de la ley 9.099 de 1995 sobre los juzgados especiales civiles y criminales.<sup>396</sup>

---

<sup>396</sup> Art. 3º El juzgado especial civil tiene competencia para conciliación, proceso y juzgamiento de las causas civiles de menor complejidad, así consideradas:  
 I-Las causas cuyo valor sea inferior a cuarenta veces el salario mínimo;  
 II-Las causas que corresponden el dispuesto en el artículo 275 del Código de Enjuiciamiento Civil;  
 III-Las causas de orden de desahucio para uso propio;  
 IV-Las causas de acciones posesorias sobre bienes inmuebles cuyo valor esté de acuerdo con el límite establecido en el inciso I.  
 Traducción del texto original, disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en 25/12/2011.  
 Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:  
 I - As causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo;  
 II - As enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;  
 III - A ação de despejo para uso próprio;  
 IV - As ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo.

Se excluye de la competencia de los Balcones las cuestiones de naturaleza fiscal, de interés la Hacienda Pública, las relacionadas con accidentes de trabajo y los temas penales.

### 3.5.1 Conflictos de naturaleza familiar

El concepto de familia utilizado para trazar las directrices del Proyecto es el más amplio posible para contemplar las diversas formas de estructurar las relaciones familiares en la sociedad. El afecto es reconocido como principio basilar de la familia moderna y eso repercute en las posibilidades de acuerdos que pueden ser logrados.

La gran mayoría de las mediaciones trata de cuestiones de naturaleza familiar: conversión de separación en divorcio,<sup>397</sup> restablecimiento de sociedad conyugal, divorcio, reconocimiento y disolución de unión civil entre personas del mismo sexo o de sexos distintos, reconocimiento espontaneo de paternidad, guarda, régimen de visitas, pensión alimenticia y división patrimonial.

Existen en Brasil numerosas personas que están separadas de hecho o judicialmente que todavía no convirtieron tal separación en divorcio. La conversión es posible en el ámbito de los Balcones y de esa manera se rompe en definitivo todos los lazos de la vida conyugal. También existe la posibilidad de restablecer la sociedad conyugal en los casos de separación judicial que todavía no haya sido convertida en divorcio.

---

<sup>397</sup>En julio de 2010 fue publicada en Brasil la reforma constitucional (EC 66/2010) que determinó la extinción de la separación judicial en el país, la que afirmó que el matrimonio se disuelve por el divorcio. Así, no existe más la necesidad del lapso temporal de separación para ingresar con la petición de divorcio directo. Por eso, los aprendices son entrenados para advertir a las partes de las consecuencias de la decisión para terminar con el matrimonio de modo definitivo, pues, una vez divorciados, ellos no tienen como revertir la situación, salvo a través un nuevo matrimonio. Así, deben estar verdaderamente convencidos de sus intenciones para no proceder de modo irracional en un momento de rabia. Para mayores informaciones ver: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en: 14/11/2011.

En el ámbito de los Balcones son muy recurrentes los divorcios y las disoluciones de las relaciones entre parejas de hecho. En ambos los casos, los mediadores analizan la existencia de hijos para establecer la pensión alimenticia y si hay necesidad de partición de bienes. En el caso de divorcio es imprescindible que sea decidido si el conyugue que haya alterado el nombre en virtud del matrimonio permanecerá con el nombre de casado o no.

En relación a las parejas de hecho el Proyecto fue innovador al reconocer las uniones entre personas del mismo sexo ya que la legislación pertinente todavía no las considera como válidas. La jurisprudencia patria ya había producido numerosas decisiones en a favor de dichas parejas pero el Legislativo todavía se muestra muy conservador en esta materia.

Los acuerdos de divorcio y de disolución de uniones de hecho deben abordar la partición de bienes, cuando sea pertinente. Eso es fundamental porque las personas sólo pueden casarse nuevamente después de la partición de bienes de la pareja para evitar confusión patrimonial. El Tribunal recomienda que los mediadores intenten lograr una división igualitaria y adviertan a las partes que la falta de igualdad configura donación. Cuando una de las partes renuncia su parte, el acuerdo establece que la otra tendrá la propiedad o la posesión exclusiva y pasará a ser responsable por todas las obligaciones derivadas de la utilización del inmueble.

En los acuerdos de divorcio y disolución de uniones de hecho de parejas con hijos menores el Tribunal privilegia el modelo de guarda compartida porque creer que ese es el que mejor representa los intereses del niño. Eso no significa decir que las partes están obligadas a optar por la guarda compartida, en otras palabras, pueden elegir la guarda unilateral. Una vez establecido el modelo de guarda, las partes también tienen que definir el régimen de visitas, incluso como será la permanencia del niño en las vacaciones y fechas conmemorativas.

El Proyecto también realiza el reconocimiento espontaneo de paternidad y facilita la realización de los exámenes de ADN a través de un

convenio establecido con el Ministerio Público. En estos casos habrá por lo menos dos sesiones de mediación. En la primera, será firmado un término de compromiso en el que se solicita la realización del examen de ADN. La segunda sesión de mediación será posterior a la divulgación del resultado para que sea determinado el valor y la forma de pago de la pensión alimenticia.

Sobre pensión alimenticia el propio manual de procedimientos explica que la pensión alimenticia será fijada de acuerdo con el binomio necesidad de quien pide y posibilidad de quien está obligado a pagar los alimentos. Los mediadores explican a las partes que se trata de un derecho irrenunciable y trabajan para lograr un acuerdo más equilibrado y realista posible para evitar el incumplimiento o el ingreso de una acción judicial para disminuir o aumentar su valor. El Tribunal sugiere que esta cuantía sea vinculada al valor del salario mínimo vigente para permitir el reajuste de la pensión. Aconseja también que el acuerdo verse sobre dispendios extraordinarios como medicamentos, tratamientos médicos, material escolar y otros. Las modalidades de pago pueden ser en dinero, a través de recibo; deposito en cuenta bancaria y descuento directo del sueldo del alimentante. En este caso, el propio Tribunal envía un oficio para el empleador.

En el ámbito de los Balcones pueden ser logrados acuerdos de pensión alimenticia sin vinculación con un proceso de divorcio o disolución de unión de hecho. Es importante mencionar que existe la posibilidad de pagamiento de pensión alimenticia antes del nacimiento de la criatura para costear una buena gestación y los cuidados generales hasta el momento del parto<sup>398</sup>. También pueden ser logrados acuerdos para realizar una composición de deudas derivadas del no pagamiento de una pensión alimenticia antes establecida, para revisar el valor de la pensión y para exonerar el alimentante de esta obligación.

---

<sup>398</sup> En Brasil la ley que reglamenta este tipo de pensión alimenticia es la Ley 11.804, de 5 de noviembre de 2008. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en 27/12/2011.

### 3.5.2 Conflictos de naturaleza Civil

Los conflictos de naturaleza civil que no abordan cuestiones familiares más recurrentes en los Balcones son los conflictos entre vecinos y los derivados de las relaciones de consumo. Estos acuerdos no necesitan ser homologados para que tengan validez porque constituyen un “Título Ejecutivo Extrajudicial” que puede ser homologado en el caso de incumplimiento.

#### **- Conflictos entre vecinos**

Los problemas derivados de la convivencia vecinal afectan la salud y la calidad de vida de las personas. La mediación en estos casos es muy saludable porque evita mayores enfrentamientos entre las partes involucradas. En el ámbito de los Balcones los conflictos vecinales más comunes son los ruidos molestos, problemas con la basura, con las mascotas y los cotilleos. Los mediadores son orientados para intentar reestructurar la comunicación entre las partes para facilitar la convivencia en el futuro pues se trata de una relación continuada.

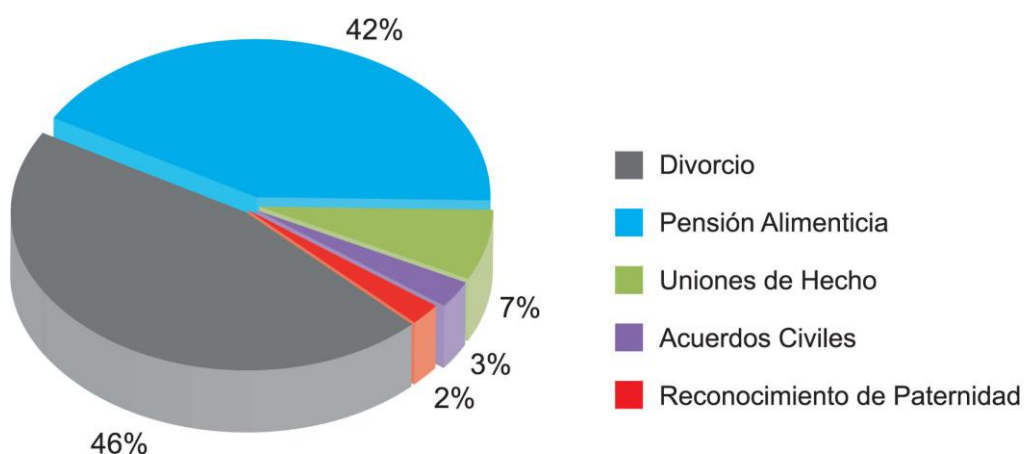
#### **- Conflictos de consumo.**

En los casos de consumo, la carta de invitación es diferenciada. Identifica la parte que pleiteó la mediación e indica el número del contrato y los motivos de la queja. Así, los funcionarios enviados por las empresas llegan a los Balcones con un margen de negociación. El Proyecto ha tenido apoyo de las empresas publicas que facilitan agua y luz, EMBASA y COELBA respectivamente. El número de acuerdos logrados ha sido expresivo y eso favorece a la población con un servicio de calidad.

Los conflictos familiares antes mencionados representan la mayor parte de los conflictos solucionados en los Balcones. La proporción entre los acuerdos civiles y de familia traducen la vocación natural del Proyecto para la

solución de conflictos de naturaleza familiar. Tal proporción viene manteniéndose estable a lo largo de los años, como se demuestra en el gráfico, que compara la relación entre los conflictos civiles y de familia en el primer semestre de 2011:

### **Naturaleza de los conflictos - Primer semestre de 2011**



Así, en el primer semestre de 2011 sólo el 3% de los acuerdos no trataron de cuestiones familiares, o sea, consistieron en acuerdos de naturaleza civil. La mayor parte de los acuerdos de naturaleza civil consisten en acuerdos derivados de conflictos entre vecinos y de relaciones de consumo. El acuerdo resultante de estos conflictos es denominado “Acuerdo Civil Extrajudicial.” Ellos no necesitan de homologación para ser considerados válidos y pueden ser ejecutados en el caso de incumplimiento.

#### **3.5.3 Características de los conflictos solucionados**

A partir de mi experiencia como supervisora del Balcón de Justicia y Ciudadanía de Imbuí, situado dentro del Núcleo de Prácticas Jurídicas de la Facultad Ruy Barbosa, que atiende tres comunidades carentes de Salvador

(Imbuí, Boca do Rio y Bate-Facho), he podido constatar algunas características de los conflictos solucionados:

**I- Número exacerbado de demandas sobre pensión alimenticia:** La mayor parte de los conflictos administrados en los Balcones trata de cuestiones de pensión alimenticia. En general, las mujeres retienen la guarda de los menores y son ellas las que buscan la primera atención en los Balcones. Es alto el índice de madres solteras, jóvenes, que no trabajan y no tienen condiciones para ofrecer una vida digna a sus hijos sin el auxilio de esta pensión. Los padres, a su vez, también son jóvenes, sin estabilidad financiera, que no tienen conciencia de su importante deber de prestar alimentos a sus descendientes. A menudo, contribuyen de forma aleatoria, sin observar un valor determinado ni tampoco una fecha preestablecida. Es común, a posteriori, que estos padres constituyan una familia con otra mujer, con la cual también tienen hijos, lo que dificulta el desempeño de su función paterna en relación a los hijos frutos de relaciones pasajeras anteriores. En estos casos, el proceso de mediación se orienta a resaltar la corresponsabilidad de los padres en el sustento de la prole. El índice de cumplimiento de los acuerdos de esta naturaleza ha sido notable, pues el pago de la pensión no es impuesto por un tercero, sino fruto de negociaciones entre los participantes, que se concientizan de sus obligaciones.

**II- Gran número de niños que no tiene su paternidad reconocida:** En general, las relaciones establecidas por los jóvenes en las comunidades más pobres es informal. De estos encuentros pasajeros nacen los hijos, y, en muchos casos, en la ocasión de este nacimiento los padres ya no mantienen ninguna relación afectiva. Eso es un obstáculo para la consecución del Registro Civil del niño de forma adecuada. A menudo, los niños son registrados exclusivamente por sus madres y, por eso, no tienen la paternidad regularizada. Eso repercute en serias consecuencias, incluso para el cumplimiento de la obligación de pagar pensión alimenticia. El Tribunal estima que existen 45 mil nacimientos de criaturas que no son registradas por sus padres en Salvador.<sup>399</sup> Ese problema se agrava por el alto coste para realizar el

---

<sup>399</sup> Datos disponibles en: <http://www5.tjba.jus.br>. Acceso en: 17/011/2011.

examen de ADN. Si la madre opta por el servicio gratuito a través de los órganos públicos, ella será introducida en una lista de espera que en la actualidad tarda muchos meses. Sobre ese aspecto es importante resaltar un importante convenio firmado en 2011 entre el Tribunal de Justicia y el Ministerio Público que simplifica el procedimiento para facilitar el reconocimiento espontáneo de paternidad. Las unidades de los Balcones que atienden madres y padres solicitando el reconocimiento rellenan un formulario específico y lo envían con la documentación necesaria al Tribunal que organiza un plan estratégico para que los juzgados de familia atiendan con prioridad estas causas en determinado periodo. En la primera etapa del Proyecto, realizada en el 29 y 31 de agosto de 2011 fueron realizadas 133 audiencias y 111 casos fueron solucionados.<sup>400</sup>

**III- Irregularidades en el sistema de visita de los hijos:** De un modo general, las madres reivindican una mayor participación de los padres en el proceso de educación de los hijos comunes. Las madres que buscan los Balcones a menudo reivindican una participación más activa de los padres en este proceso. Afirman que los hijos sufren demasiado la ausencia de la figura paterna y que se sienten sobrecargadas con la falta de apoyo. En este aspecto, la mediación está dirigida a fomentar la importancia de la convivencia de los hijos con ambos padres y por eso contribuye a la formación de estos niños.

**IV- Numerosos casos de Síndrome de Alienación Parental:** En sentido opuesto a la situación arriba descrita, es evidente el alto índice de casos en los que existen alienación parental.<sup>401</sup> En la mayor parte de los casos, mujeres

---

<sup>400</sup> Para mayores detalles, ver: <http://www5.tjba.jus.br>. Acceso en: 17/011/2011.

<sup>401</sup> El Síndrome de Alienación Parental-SAP es un término utilizado por Richard A. Gardner, profesor de psiquiatría que trabajó en la división de psiquiátrica infantil de la Universidad de Columbia desde 1963 hasta su muerte en el año 2003, para referirse al proceso por el cual un progenitor, mediante distintas acciones, transforma la conciencia de sus hijos para destruir sus vínculos con el otro progenitor. Es muy común que el síndrome se desarrolle después de procesos de divorcios.

El síndrome de alienación parental fue considerado delito recientemente en Brasil a través de la ley de Alienación Parental nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, según la que:

Art. 2º Se considera alienación parental la interferencia en la formación psicológica del niño o adolescente promovida o inducida por uno de los progenitores, abuelos o por los que tienen la autoridad bajo su responsabilidad, guardia o vigilancia para que reniegue a un progenitor o cause perjuicio a la creación o mantenimiento de vínculo con éste.



indisponen a los hijos, dificultando la relación entre ellos y sus padres. Esto porque es mucho mayor el número de mujeres que detienen la guarda de los menores y hacen de sus hijos verdaderas monedas de cambio: “-Si tu no pagas la pensión alimenticia, no tendrás derecho a ver tus hijos”. También es común situaciones en las que los niños son bombardeados con informaciones negativas sobre el otro progenitor: “-Su padre no vale nada”; “-Él no te ama”, “-Él nos abandonó.” La práctica del acto de alienación parental constituye abuso moral contra los menores y contraría el derecho fundamental de la criatura a una convivencia familiar saludable, generando serios perjuicios en la vida afectiva de estos individuos. Los ejemplos mencionados enfatizan la alienación realizada por la madre, situación más común en el ámbito de los Balcones, lo que no significa decir que lo contrario también no ocurra.

---

Párrafo único: Son ejemplos de alienación parental, además de los hechos así declarados por el juez o constatados en pericia, practicados directamente o con auxilio de terceros:

I –Hacer campaña de descalificación de la conducta del progenitor en el ejercicio de la paternidad o maternidad;

II –Dificultar el ejercicio de la autoridad parental;

III – Dificultar el contacto del niño o adolescente con su progenitor;

IV – Dificultar el ejercicio del derecho regulado de convivencia familiar;

V –Omitir deliberadamente al progenitor informaciones personales relevantes sobre el niño o adolescente, incluso escolares, médicas y alteraciones en la dirección;

VI – Presentar falsas denuncias contra el progenitor, contra familiares de este o contra los abuelos, para entorpecer o dificultar la convivencia de ellos con el niño o adolescente;

VII – Cambiar el domicilio para lugar distante, sin justificación, con el objetivo de dificultar la convivencia del niño o adolescente con el otro progenitor, con familiares o con abuelos;

Traducción del texto original siguiente, disponible en: <http://www.planalto.gov.br>. Acceso en 26/12/2011.

*Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.*

*Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:*

*I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;*

*II – dificultar o exercício da autoridade parental;*

*III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;*

*IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;*

*V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;*

*VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;*

*VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.*

**V- La influencia de la crítica situación económica de las partes en el proceso de divorcio:** Con la extinción del instituto de la separación judicial en Brasil, hoy es posible que una pareja concretice el matrimonio en un día y en el día posterior realice el divorcio. Esto porque la Reforma Constitucional n. 66 alteró el texto de la Constitución Federal de 1988 y determinó que la sociedad conyugal termina con el divorcio. O sea, no se exige ningún lapso temporal para la disolución del matrimonio. Por eso, los aprendices son orientados a advertir a las partes de las consecuencias de sus elecciones para evitar la toma de decisiones de modo impulsivo. Los mediados que son atendidos en los Balcones presentan una difícil situación financiera que no les permite dividir el patrimonio sin causar graves perjuicios. A menudo, las partes construyen sus casas en el terreno de la casa de sus padres o en el pavimento superior de las mismas. Por eso, las personas tienen grandes dificultades para repartir el patrimonio al divorciarse. En diversos casos las partes deciden construir una pared en el medio de la casa, creando una condición de vida complicada en la medida en que estas personas pasan a convivir en la misma localidad como ex marido y ex esposa. Los conflictos se intensifican cuando una de las partes establece nueva relación afectiva y provoca celos. Las divisiones del patrimonio muchas veces no ofrecen condiciones para una vida digna pues uno queda con la cocina y el cuarto y otro con la sala y el aseo. La venta del inmueble no siempre es la mejor solución pues el valor obtenido no es suficiente para adquirir dos casas. Los mediadores orientan a las partes a reflexionar en conjunto sobre las mejores opciones para la división patrimonial, sobre todo cuando existen hijos.

**VI- Problemas graves en relación con el Derecho de propiedad:** Los Balcones atienden básicamente a las comunidades carentes. En ese entorno la mayor parte de los ciudadanos no tienen el título de propiedad de los inmuebles, sólo la posesión. Esas posesiones son frutos de invasiones derivadas de la formación de las áreas urbanas de Bahia. Se calcula que 70% de las viviendas ubicadas en Salvador son irregulares, o sea, son invasiones

que no tienen escritura pública.<sup>402</sup> No obstante esa situación irregular, los poseedores realizan contratos de compra y venta para transferir la posesión del inmueble. La jurisprudencia patria y el Tribunal de justicia de Bahia han reconocido esas alienaciones como válidas e incluso permiten su partilla.

**VII- Alto índice de violencia psicológica y física en el ámbito familiar:** En el entorno de los Balcones se verifican numerosos casos de violencia domestica, cuyas víctimas en general son las mujeres.<sup>403</sup> Se estima que en Salvador existen ocho casos de violencia contra la mujer en el seno familiar al día.<sup>404</sup> Diversos factores incrementan tal situación: el déficit de educación de la población, el alto índice de alcoholismo, la falta de estabilidad financiera, entre otros. En estos casos, los mediadores no realizan la mediación pues se trata de un crimen y, además, no hay igualdad de condiciones de diálogo. La parte que sufre la violencia es acogida por el servicio de psicología de los Balcones, cuando existe, y, encaminada a los órganos competentes. Fernando Martín Diz aduce:

Entendemos que la mediación no puede, ni debe, ser aplicable a conflictos en los cuales, ya de partida, existe una clara situación de desigualdad, de descomprensión, entre las partes, y que permanecerá invariable durante el desarrollo de la mediación. Es el caso, por ejemplo, de la mediación en materia de violencia de género, respecto de la cual en la parte final del trabajo presentaremos nuestras consideraciones. Anticipamos, ya mismo, que nos posicionamos a favor de la prohibición de la mediación como forma de solución de este tipo de conflictos. En esto supuestos el agresor siempre, por el hecho en sí del daño causado y las consecuencias físicas y psíquicas que mueven este fenómeno, se encontrará en una posición hegemónica sobre la víctima. Se mueve desde una superioridad que ha impuesto por la fuerza y que en modo alguno puede reconducirse a través de una mediación en la cual, ambas partes, ha de imperar la más absoluta paridad, que una de las partes ya ha despreciado anteriormente a su conducta.<sup>405</sup>

---

<sup>402</sup>Sobre las construcciones irregulares de la ciudad de Salvador ver: <http://www.atarde.com.br>. Acceso en: 19/11/2011.

<sup>403</sup>En Brasil está en vigor la *Ley Maria da Penha*, ley 11.340, de 7 de agosto de 2006, cuya finalidad primordial es crear mecanismos para cohibir la violencia doméstica y familiar contra la mujer. Dispone sobre la creación de los Juzgados de Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer; altera el Código de Proceso Penal, el Código Penal y la Ley de Ejecución Penal.

Para informaciones más detallada ver: <http://www.mujereshoy.com>. Acceso en 20/11/2011.

<sup>404</sup>Sobre el tema ver: <http://www.atarde.com.br/cidades>. Acceso en 20/11/2011.

<sup>405</sup>MARTÍN, Fernando. *La mediación: Sistema Complementario de Administración de Justicia*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial: 2010, p. 70.

**VIII- El impacto de la organización estructural de las comunidades en las relaciones entre vecinos:** Los conflictos entre vecinos son cada vez más complejos y se multiplican de forma amenazadora en la sociedad. El uso de la violencia como forma de resolución ha sido frecuente, resultando, en muchos casos, en homicidio. Esta situación se agrava en las comunidades pobres, una vez que su estructura física organizacional es caótica. A menudo, una misma pared divide dos hogares. En este escenario, la necesidad de diálogo es latente, por eso, los vecinos precisan constantemente negociar sus intereses y diferencias. Infiltraciones derivadas de las lluvias, ruidos, basura, construcciones irregulares, cotilleos, son las principales demandas solucionadas en los Balcones sobre conflictos de esa naturaleza. La utilización de la mediación en estos casos es muy importante porque, además de lograr el acuerdo, las partes son incentivadas a reestructurar la comunicación rota y ejercer la solidaridad.

### **3.6 Procedimientos**

Los procedimientos adoptados en los Balcones son simples, eficaces y estandarizados. Están previstos en un manual propio, que es actualizado periódicamente de acuerdo con la evolución de los conflictos que pueden ser solucionados en ese ámbito. La estandarización de dichos procedimientos garantiza la celeridad y calidad de los servicios ofrecidos.

El manual de procedimientos describe todo el proceso adoptado en los Balcones, desde la primera atención hasta la formalización del acuerdo. Contiene formularios administrativos (carta de invitación, ficha de solicitud, atestado por comparecencia, orden del día de atenciones, control de frecuencia de los aprendices, documentos de encaminamiento de las partes a otros órganos, recibo de documentos, estadística diaria, informe mensual de las asistencias, documento de transferencia de bienes inmuebles del Tribunal a las unidades), formularios procesales (modelos de acuerdos que deben ser adaptados a los casos concretos) y actos de la Secretaría jurídica (atestado de

regularidad del proceso, modelos de requerimientos, modelos de sentencias, oficio para encaminamiento de las sentencias a las notarías para el registro de divorcios en los respectivos certificados matrimoniales).

Los procedimientos empiezan con la primera atención. En esta ocasión los mediadores escuchan atentamente el discurso del asistido e investigan si el caso propuesto es de competencia de los Balcones.

Cuando el conflicto expuesto no es de competencia de los Balcones el mediador debe orientar y encaminar la persona hacia el órgano competente. Lo importante es que los asistidos no salgan de allí sin una respuesta satisfactoria para su demanda.

Si el conflicto puede ser resuelto en el Balcón, ellos rellenan un formulario que contiene informaciones importantes de las partes: nombre, dirección, teléfono, número del documento nacional de identidad, informaciones socio-económicas y hacen un pequeño resumen del conflicto para indicar su naturaleza. Este formulario es archivado en el día respectivo que ocurrirá la mediación.

El paso siguiente es formalizar una carta de invitación que designa el día y la hora de la sesión de mediación. También están puntuados todos los documentos exigidos para la consecución del acuerdo.<sup>406</sup>

Es importante resaltar que esta carta se entrega personalmente por la parte que recibió la primera atención para la otra parte, que no está obligada legalmente a comparecer en la audiencia, en otras palabras, la convocatoria no tiene fuerza coercitiva. Sin embargo, en virtud de la credibilidad de los Balcones en la actualidad, el índice de abstención es mínimo, pues la población de un modo general ya conoce sus procedimientos y sus ventajas.

---

<sup>406</sup>El Informe de Actividades publicado por el Tribunal indica que el periodo entre la primera atención y la sesión de mediación tarda en promedio diez días. Ese número cambia de acuerdo con numerosos aspectos principalmente con el tamaño de la respectiva comunidad asistida. Disponible en > [http://www5.tj.ba.gov.br/images/pdf/informe\\_atividades\\_2011\\_agosto.pdf](http://www5.tj.ba.gov.br/images/pdf/informe_atividades_2011_agosto.pdf) Acceso en: 24/11/2011.

Esta modalidad de entrega de la convocatoria fortalece la creación de un clima pacífico y amistoso y está de acuerdo con los principios de la mediación, que presuponen la participación activa de las partes. Al entregar la carta la persona vence el miedo del otro y del enfrentamiento del problema. Reconocen la existencia del conflicto y la necesidad de solventarlo. De otra parte, la persona que la recibe suele aprobar la posibilidad de un diálogo capaz de disminuir o resolver la situación de crisis en detrimento de la solución judicial.<sup>407</sup>

Cuando no existen condiciones de diálogo o hay riesgo de violencia los aprendices aconsejan que otras personas entreguen la carta de convocatoria. En muchas ocasiones esta tarea es designada para algún familiar cercano.

En la fecha predeterminada se realiza la sesión de mediación en los términos abajo descritos. A lo largo del procedimiento los mediadores utilizan técnicas de mediación para lograr el acuerdo y restablecer la comunicación entre las partes.

### 3.6.1 Sesión de mediación

En la fecha determinada las partes comparecen en el Balcón para la sesión de conciliación o mediación, de acuerdo con la naturaleza del conflicto. Si hay una relación continuada entre las partes, como en la familia, se utilizan técnicas de mediación. Por otra parte, si el conflicto emana de una relación eventual, que no exige la reestructuración del diálogo, la actuación debe ser dirigida a lograr un acuerdo a través de la conciliación.

Es imprescindible que el mediador conquiste la confianza de los mediados desde el comienzo. La presentación de los procedimientos puede ser realizada en la pre-mediación o en la primera sesión. Este es el momento

---

<sup>407</sup>En los primeros años del Proyecto hubo problemas con esta modalidad de entrega de las invitaciones pero el creciente desarrollo de los Balcones ha proporcionado una mayor divulgación de sus procedimientos. Así, las personas de las comunidades beneficiadas ya reconocen sus ventajas y comparecen a las sesiones.

adecuado para que las partes se familiaricen con la mediación, por eso es fundamental que el mediador esclarezca sus características principales a través de sus principios: poder de decisión de las partes, necesidad de buena fe, respeto mutuo, confidencialidad, imparcialidad.

Después de esclarecidas todas las posibles dudas, las partes deciden quien hablará primero y así ejercitan su autonomía y poder de decisión. El mediador debe asegurar el respeto durante el discurso de cada uno, cohibiendo conductas agresivas.

A lo largo del proceso los mediadores conducen las sesiones de acuerdo con las posibles etapas de la mediación, expuestas en el apartado sobre nociones generales de mediación de conflictos.

El producto final de la sesión puede resultar en caminos distintos: puede ser designada una nueva audiencia; el conflicto puede no ser solucionado, en este caso el mediador debe encaminar las partes para el órgano competente para que sea iniciado el proceso judicial; y, por fin, el acuerdo puede ser logrado. A continuación serán analizadas las reglas específicas para la elaboración y homologación de los acuerdos.

### 3.6.2 Elaboración del Acuerdo

La elaboración de los acuerdos es orientada por el Manual de Procedimientos desarrollado por el Tribunal de Justicia de Bahía a través de la coordinación de ejecución. Este Manual contiene los principales modelos de acuerdos que deben ser adaptados a los casos concretos. Es importante señalar que los modelos utilizan lenguaje simple y accesible para evitar dudas en su cumplimiento.

Son requisitos indispensables del acuerdo: la identificación del respectivo Balcón que realizó la mediación; datos completos de las partes con

la correcta grafía; firma de las partes,<sup>408</sup> del abogado supervisor, de dos testigos, *in casu*, los mediadores becarios. Así, el acuerdo se transforma en un título ejecutivo extrajudicial que puede ser ejecutado en el caso de incumplimiento.

El mediador debe leer el acuerdo en voz alta para las partes o permitir que ellas mismas lo revisen para que no haya puntos controvertidos. Siempre que sea necesario sus términos deben ser modificados hasta que las partes se sientan completamente satisfechas con su redacción.

Al final deben ser impresos cinco ejemplares del acuerdo: uno para cada parte; uno para archivar en el respectivo Balcón; uno para formar parte del proceso; uno para ser enviado al empleador (en el caso de pensión alimenticia a ser descontada directamente del sueldo del alimentante); y uno como anexo en la solicitud de modificación en el certificado de matrimonio en los casos de divorcios.

### 3.6.3 Formalización del proceso

El proceso resultante de la mediación está compuesto por el acuerdo y por la documentación necesaria para cada caso. El mediador formaliza el proceso organizando todos los documentos según un orden lógico.<sup>409</sup> Las páginas deben ser numeradas y los documentos deben tener sello de autenticación para indicar que ellos coinciden con el original.

Los mediadores someten el proceso a la apreciación del abogado-supervisor para que este haga una revisión final de todo el proceso antes de enviarlo al Tribunal para la homologación.

---

<sup>408</sup> Cuando una parte no sabe o no puede firmar el acuerdo, otra persona podrá hacerlo a su ruego. En este caso, el juez designará una audiencia para ratificar el acuerdo.

<sup>409</sup> Los documentos deben ser organizados según el siguiente orden: 1) Acuerdo. 2) Documentos de las partes: DNI y Certificado de Dirección. 3) Documentos relacionados con el tipo de acuerdo: Certificado de Matrimonio en el caso de divorcio, Certificado de Nacimiento en el caso de pensión alimenticia, Título de propiedad los bienes inmuebles en el caso de división de patrimonio; Copia del contrato en el caso de acuerdos derivados de las relaciones de consumo.



Una vez por semana un conductor del Tribunal coge todos los procesos para llevarlos a la Secretaría Jurídica al mismo tiempo en que entrega los procesos ya homologados por el juez.

#### 3.6.4 Homologación del acuerdo

En la Secretaría Jurídica del Proyecto, localizada en el Tribunal de Justicia, existe un juez exclusivo para homologar los acuerdos logrados en los Balcones (coordinador jurídico).

Es importante resaltar que no son todos los acuerdos necesitan de homologación. Como ya se ha mencionado, un acuerdo que cumple todos los requisitos legales consiste en un Título Ejecutivo Extrajudicial,<sup>410</sup> incluso sin homologarlo. Podemos citar como ejemplo los acuerdos sobre deudas o relaciones de consumo.

De otra parte, en determinados casos el acuerdo solo produce sus efectos jurídicos a partir de la homologación como en las situaciones que envuelven las relaciones familiares, pensiones alimenticias o divorcios. Las sentencias proferidas también siguen un modelo estandarizado adaptable para cada caso.

A partir de la homologación, que se produce por medio de sentencia, el acuerdo se convierte en un Título Ejecutivo Judicial que también puede originar un proceso de ejecución.

En los casos de divorcio es necesario que la parte presente la sentencia en la notaria para la rectificación del respectivo certificado de matrimonio. Eses el paso final para la concretización del proceso de divorcio.

---

<sup>410</sup>El artículo 585, II del Código de Proceso Civil de Brasil determina que el documento particular firmado por el deudor y por dos testigos constituye título ejecutivo extrajudicial que puede ser ejecutado directamente en los juzgados especiales en el caso de su incumplimiento). Estos órganos son competentes para juzgar los procesos cuyo valor no pasa cuarenta salarios mínimos.)

Todo este procedimiento aquí expuesto es realizado de forma simple, rápida, sin burocracia. Actualmente, el período entre la sección de mediación en la cual se haya logrado el acuerdo y el retorno del proceso debidamente homologado tarda en promedio veinte o treinta días. Esta agilidad contribuye a la credibilidad del Proyecto delante de las comunidades beneficiadas.

### 3.6.5 Incumplimiento del acuerdo

En los casos de incumplimiento del acuerdo logrado, los mediadores sugieren la realización de una nueva mediación para que las partes puedan discutir las razones del incumplimiento. Esta sesión puede derivar en el mantenimiento o modificación de las disposiciones firmadas anteriormente.

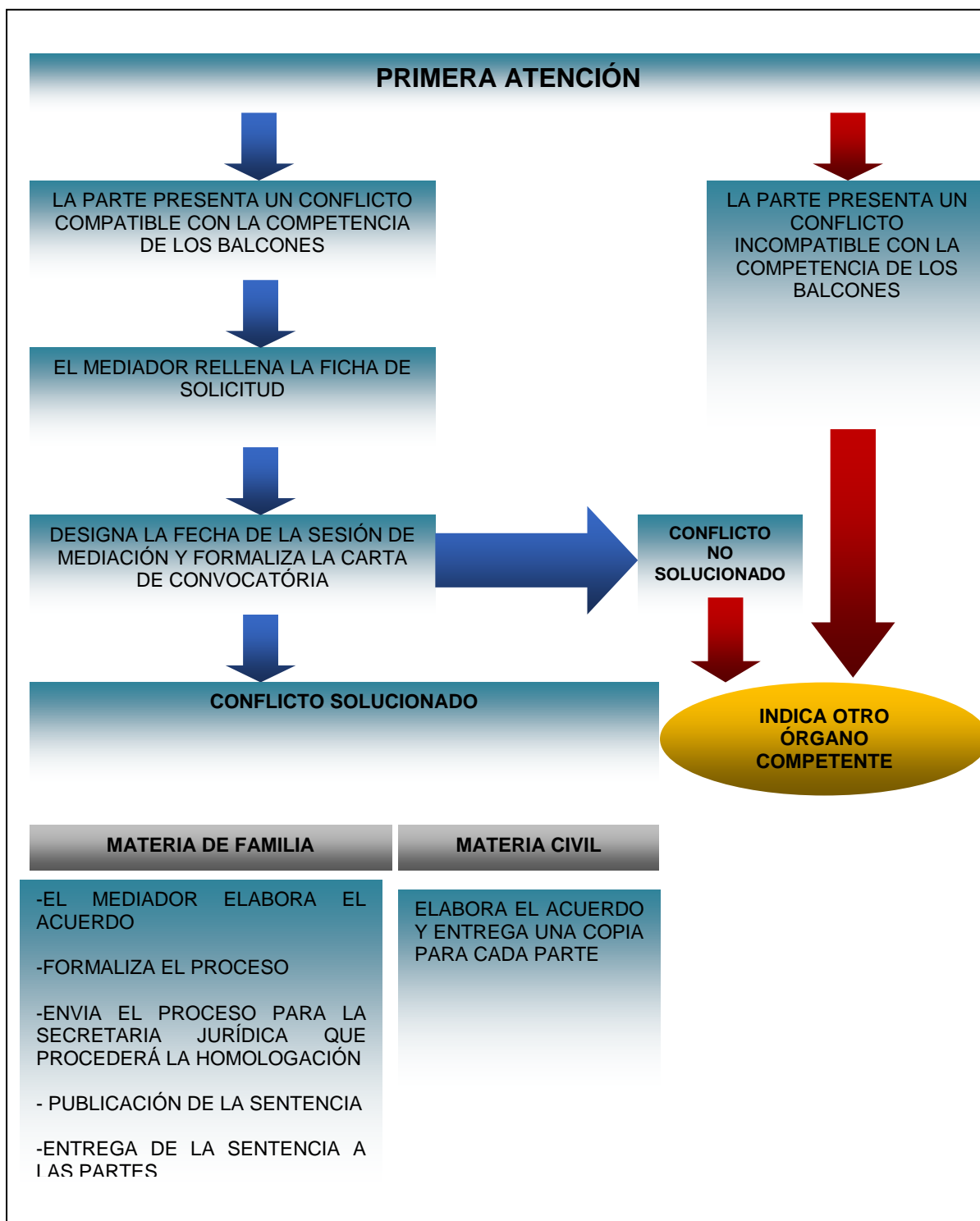
Si el resultado de la mediación no es positivo el acreedor es orientado a proponer la acción de ejecución del acuerdo. Cuando la parte no puede contratar un abogado, igual que la mayoría de los mediados de los Balcones, los mediadores indican los servicios gratuitos ofrecidos por el gobierno y por los Núcleos de Prácticas Jurídicas de las Facultades de Derecho que ofrecen asistencia jurídica gratuita.

El artículo 25-A de la Resolución n.5/2006 del Tribunal de Justicia de Bahia determina que los procesos de ejecución de los acuerdos realizados en los Balcones deben ser distribuidos según la Ley de Organización Judicial del Estado de Bahia que exige la modalidad de sorteo. Así la elección del juicio competente es aleatoria.

No existe en la actualidad un estudio sobre los índices de incumplimiento de estos acuerdos. Eso porque construir una estadística sobre los casos de incumplimiento es una tarea muy difícil porque el Tribunal no tiene mecanismos para constatar fielmente si la persona volverá al Balcón que

realizó el acuerdo para solicitar una nueva sesión de mediación u optará por la ejecución del mismo a través de la Defensoría Pública o de un abogado particular.

De este modo, podemos resumir la rutina de los procedimientos en los Balcones de justicia y ciudadanía del siguiente modo:



Fuente: Manual de Procedimientos disponible en <http://www5.tj.ba.gov.br>. Acceso en: 25.11.2011.

### 3.7 Resultados logrados

La estandarización de los procedimientos posibilita que el Tribunal organice una estadística real de los resultados logrados. Las estadísticas son construidas a través del análisis de los datos enviados mensualmente por los supervisores de las unidades, que rellenan un mismo modelo de informe sobre sus actividades. El informe indica el total de asistencias, de sesiones de mediación apuntadas y realizadas, el número de acuerdos logrados, y la naturaleza de los conflictos. La coordinación de ejecución sistematiza estos datos que posteriormente son divulgados por el Tribunal de Justicia en su página de internet.

La finalidad de este tópico es analizar cuantitativamente y cualitativamente tales resultados. Serán considerados los datos presentados a partir de 2007, año del proceso de reestructuración. Este corte metodológico es necesario pues no existen datos concretos en el periodo de 2003-2007. La tabla siguiente presenta un resumen de los resultados en los últimos años:

<b>RESULTADOS LOGRADOS</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>	<b>2010</b>	<b>2011.1</b>
<b>Orientaciones</b>	10.690	20.659	29.341	34.738	24.903
<b>Casos de mediación</b>	9.799	17.184	26.163	33.467	25.235
<b>Total de Asistencias</b>	20.489	37.843	55.504	68.205	50.138
<b>Acuerdos de Familia</b>	2.843	5.321	9.182	13.193	9.951
<b>Acuerdos Civiles</b>	875	1.877	1.254	2.073	1.377
<b>Total de Acuerdos</b>	3.718	7.198	10.436	15.266	11.328
<b>Sesiones realizadas</b>	5.857	13.105	21.082	27.764	20.069

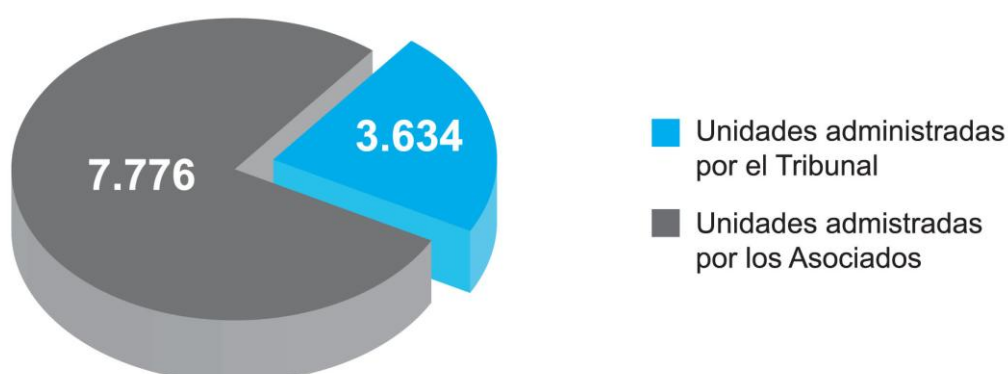
Fuente: Manual de Procedimientos disponible en <http://www5.tj.ba.gov.br>. Acceso en: 27/11/2011.

Al analizar la tabla se nota que el primer semestre de 2011 ha sido muy productivo ya que todos los resultados logrados se aproximan a las estadísticas del año de 2010.

En el primer semestre de 2011, el 56% de las sesiones de mediación realizadas resultaron en un acuerdo formal. En la práctica ese número probablemente es más grande ya que muchas veces el acuerdo no es formalizado pero las partes reestructuran la comunicación y realizan un acuerdo informal.

Se puede decir que la alta productividad es consecuencia de diversos factores, principalmente del incremento del número de asociaciones firmadas y de la amplia divulgación de las actividades de los Balcones en las comunidades. La actuación de los asociados de hecho produjo un gran número de acuerdos:

**Relación entre el numero de acuerdos logrados en las unidades administradas por el Tribunal y por los Asociados - Primer semestre de 2011**



Los efectos de estos resultados han contribuido a rescatar la credibilidad en el Poder Judicial y han producido impactos socio-económicos en diferentes sectores de la sociedad: en los mediados, en las comunidades, en los órganos de la administración de la justicia de Bahía, en las entidades asociadas y en las personas que forman parte del equipo de trabajo.

**I- Para los mediados:** El Programa de Mediación Comunitaria del Proyecto Balcón de Justicia es positivo porque invita a las partes a protagonizar la solución de sus propios conflictos y eso repercute en la autonomía e inclusión

social de esas personas, en la gran mayoría pobres, excluidas y con dificultades de garantizar sus derechos por medio del proceso judicial tradicional. Establece una mediación entre diferentes partes implicadas en una comunidad y contempla sus distintas peculiaridades y necesidades.

**II- Para las comunidades:** El Proyecto promueve el fortalecimiento de la población civil a través de la ampliación del universo cultural, del incremento de la conciencia ciudadana, de la actitud positiva y proactiva que pone de relieve la capacidad de cada individuo y de cada comunidad de resolver sus conflictos interpersonales y comunitarios. Las comunidades han reconocido la mediación como un importante mecanismo de concretización de la justicia y de la paz porque auxilian en la construcción de una comunidad más consciente y solidaria. Carlos Eduardo de Vasconcelos enfatiza:

El método de la mediación transforma la comunidad en protagonista de la solución de los conflictos. A través de la mediación la comunidad aprende a manejar técnicas de comunicación constructiva y de relaciones interpersonales, absolutamente necesarias al perfeccionamiento de sus acciones, tanto en relación al conflicto como en lo que se refiere a la emancipación y desarrollo sociales. Desarrollar esas calidades es una cuestión de sobrevivencia para las comunidades de baja renta, envueltas en una cultura de violencia de característica coercitiva y piramidal, incompatible con la nueva sociedad de los conocimientos que está en franca expansión, en la que se hace necesaria la habilidad para administrar relaciones horizontales, fundadas en la persuasión y en la negociación.<sup>411</sup>

Los Balcones también han proporcionado una notable pacificación social, reduciendo los índices de violencia a partir del incentivo al diálogo colaborativo. Incrementa la democracia en ese ámbito porque fortalece la ciudadanía activa y la participación de la sociedad.

---

<sup>411</sup> VASCONCELOS. Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas: Modelos, Processos, ética e Aplicações*. São Paulo: Método, 2008, p. 111. Traducción del texto original: O método da mediação põe a comunidade na situação de protagonista da solução dos conflitos. Pela mediação a comunidade aprende a lidar com técnicas de comunicação construtiva e de relações interpessoais, absolutamente necessárias ao aprimoramento de suas ações, quer em relação ao conflito, quer no tocante à emancipação e desenvolvimento sociais. Desenvolver essas qualidades é uma questão de sobrevivência para as comunidades de baixa renda, envolvidas em uma cultura de violência de feição coercitiva e piramidal, incompatível com a nova sociedade dos conhecimentos em franca expansão, em que se faz necessária a habilidade para lidar com relações horizontais, fundadas na persuasão e na negociação.

**III- Para la administración de la justicia en Bahia:** El Proyecto está fundamentado en el entendimiento de que el Poder Judicial es una pieza clave de cambio social para disminuir las desigualdades sociales y debe ser capaz de ofrecer una justicia no burocrática. Con la utilización de la mediación comunitaria el Poder Judicial puede ofrecer un servicio más eficaz para resolver los casos en los que su actuación es imprescindible. Esta técnica ha contribuido a reducir la morosidad y la excesiva judicialización de los conflictos sociales. Ha contribuido también a reducir los costos de la administración de justicia en virtud de la simplicidad de la estructura de los Balcones. La propuesta del Tribunal contempla la pluralidad jurídica en la sociedad brasileña y eso potencia el acceso a la justicia, en sentido amplio.

**IV- Para el equipo de trabajo que actúa en el Proyecto:** Para los becarios las actividades desarrolladas en los Balcones fomentan su currículo con una experiencia práctica solidaria. Permite la comprensión de realidades distintas, de los problemas del otro, tonándolos aptos para ejercer su profesión con una visión más humanística. Para los líderes comunitarios, consolida su representatividad delante de la comunidad como agente responsable y transformador en beneficio de la paz social.

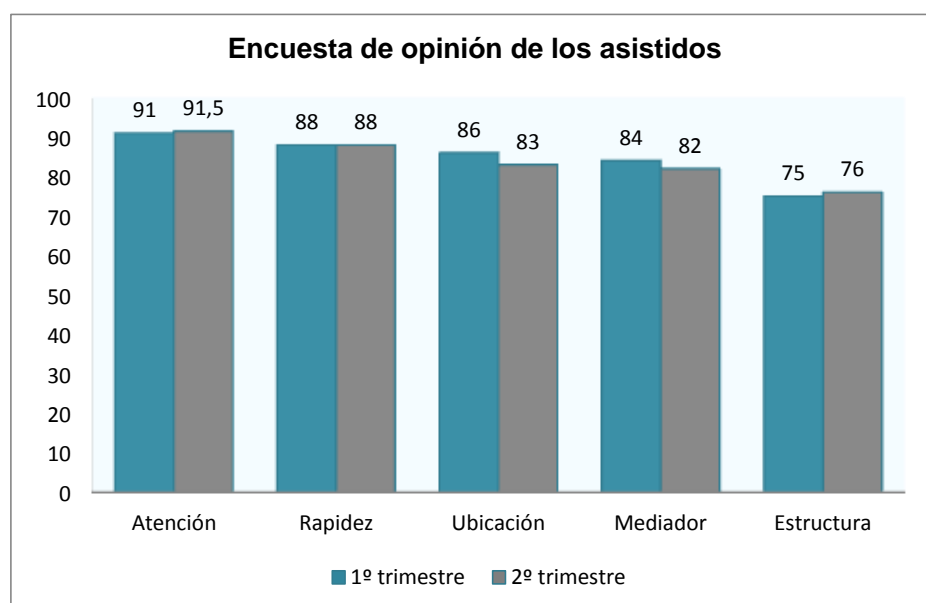
**V- Para los asociados del Tribunal de Justicia:** El Proyecto instrumentaliza el cumplimiento de la responsabilidad social de cada institución asociada y estrecha las relaciones entre ellas y las comunidades. En el caso de las Instituciones de Enseñanza Superior, contribuye a la formación más humanística e interdisciplinar de los alumnos.

De lo expuesto se concluye que los resultados logrados con el desarrollo del Proyecto Balcón de Justicia y Ciudadanía son muy positivos y sus efectos repercuten en diversas áreas de la sociedad.

### 3.8 Encuesta sobre la satisfacción de los asistidos.

Al final de cada sesión de mediación las partes rellenan un formulario que sirve para evaluar su satisfacción con los servicios ofrecidos. Los criterios investigados son: atención, competencia del mediador, rapidez, ubicación y calidad de las instalaciones.

Las encuestas son enviadas mensualmente por los supervisores para el Tribunal que administra los datos y divulga periódicamente una estadística. En el primer semestre de 2011 los resultados logrados fueron:



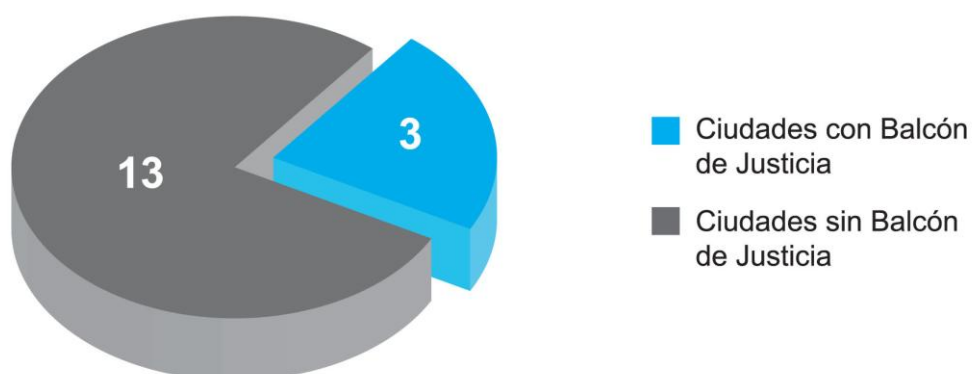
La encuesta sobre la satisfacción de los mediados es un importante elemento que ratifica la rapidez y la eficiencia del procedimiento de los Balcones. La primera encuesta fue realizada en 2008 y los índices han mejorado considerablemente en los años siguientes. De acuerdo con la tabla sobre los datos de 2011, más del 90% de los asistidos declararon estar satisfechos con la atención y con la celeridad del procedimiento.



### 3.9 Perspectivas futuras

El Tribunal de Justicia de Bahia publicó en 2007 el Plan de Metas para el Poder Judicial que determinó directrices que deben ser concretizadas hasta 2017.<sup>412</sup> Para el Proyecto Balcón de Justicia y Ciudadanía la meta principal consistía en la instalación de unidades en el interior del Estado de Bahia. El foco era priorizar la las ciudades más populosas. El Proyecto superó las expectativas y actualmente está instalado en la mayor parte de las ciudades más populosas, con más de 100 mil habitantes:

#### Ciudades en Bahia con más de 100 mil habitantes

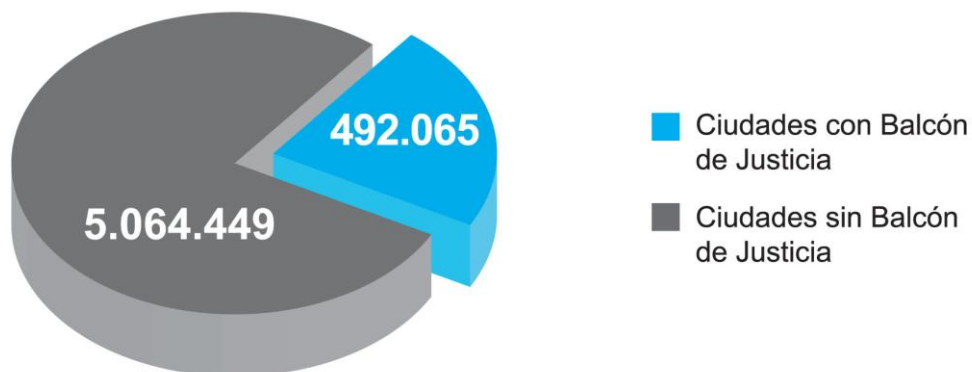


Considerando esta misma proporción, pero refiriéndose a la cantidad de personas asistidas en estas ciudades con más de 100 mil habitantes, se concluirá que este número es muy expresivo:

---

<sup>412</sup> Para mayores detalles, ver: <http://www5.tj.ba.gov.br>. Acceso en: 30/11/2011.

### **Población de las ciudades de Bahía con más de 100 mil habitantes**



El desafío futuro del Proyecto en ese sentido es inaugurar más unidades en las ciudades con una media de cincuenta mil habitantes. Estas ciudades menores carecen de instrumentos para resolver los conflictos porque en muchos casos no hay una estructura de administración de justicia, el número de jueces es insuficiente, incluso en algunas ciudades no existe juez titular y tampoco defensores públicos para desempeñar la asistencia jurídica gratuita.

Otra meta es incrementar la interdisciplinariedad, principalmente conquistar la adhesión de más profesionales y estudiantes de otras áreas del conocimiento, principalmente de Psicología y de Asistencia Social, ya que la mayor parte de los participantes son del ámbito jurídico. Tal interdisciplinariedad contribuye a la calidad de los servicios prestados y a la comprensión de los conflictos de forma más humanística.

También se pretende perfeccionar la capacitación de los mediadores del Proyecto, ya que es innegable que la competencia de los mismos es esencial para el buen desarrollo de cualquier proyecto de mediación. La finalidad es adecuarse a la Resolución 125 del Consejo Nacional de Justicia y ampliar la carga horaria de los cursos teóricos y prácticos. Lo ideal es instituir un ciclo anual permanente de cursos.

Algunas unidades, principalmente las más antiguas, no disponen todavía de una estructura adecuada. La mayor parte de esas unidades pertenecen al Tribunal, que viene promoviendo esfuerzos en el sentido de modernizarlas pero se trata de un proceso difícil ya que el Poder Judicial no dispone de una partición presupuestaria suficiente para resolver el problema en definitiva.

El Tribunal también ha invertido para modernizar los Balcones y sus procedimientos desde el punto de vista tecnológico. Está siendo implementado un nuevo sistema para informatizar todo el proceso. Para eso es imprescindible que todas las unidades dispongan de internet y del sistema SAIPRO, lo que todavía no es una realidad. Faltan ordenadores modernos así como falta una estrategia verdaderamente eficaz para trazar una logística viable para realizar la manutención de estos equipos.

De todo lo expuesto se concluye que el futuro presenta desafíos arduos para el Proyecto pero las perspectivas parecen prometedoras en el sentido de consolidarlo como política pública necesaria para perfeccionar la administración de justicia en el país. Hay que seguir trabajando en equipo y ampliar las discusiones interdisciplinarias sobre sus procedimientos y resultados logrados.



## **CONCLUSIONES**

Los conflictos forman parte de la propia naturaleza humana y son necesarios para el desarrollo de los individuos y de la sociedad. Suelen ser interpretados como algo destructivo sin que se contemple su valor transformativo. No obstante, podemos aprovechar estas situaciones transitorias, convirtiéndolas en oportunidad de perfeccionamiento a través de su manejo adecuado.

En las últimas décadas, diversas ramas de la ciencia han realizado esfuerzos mutuos para comprender, resolver y prevenir las situaciones conflictivas. En este contexto, han surgido nuevas formas de solución de controversias que privilegian la voluntad y libertad de las partes. Son los denominados “Medios Alternativos de Solución de Conflictos”- MASC. Esta nomenclatura no está bien empleada porque no se tratan de alternativas al Poder Judicial propiamente dichas. Estos mecanismos y el Judicial no son sustituibles entre sí, es decir, las partes no pueden elegir libremente entre uno u otro en cualquier circunstancia, puesto que existen situaciones que exigen la participación del estado para su arreglo. Además, la palabra “alternativa” puede fatalmente conducir al error de confundirse estos mecanismos con el uso alternativo del derecho. La denominación apropiada es “medios complementarios” de solución de conflictos, ya que ellos no excluyen ni sustituyen el Judicial, en verdad ellos se complementan.

La mediación, tema principal de este trabajo, se presenta como un medio de solución de conflictos que conserva una serie de peculiaridades: incentiva la visión positiva del conflicto; investiga los conflictos reales, en

detrimento de los conflictos aparentes; propone la resolución por medio de la lógica gana-gana; valoriza la cooperación y no la competición; no habla de culpa sino de mutua responsabilidad; desvía la atención de lo individual hacia lo colectivo.

En virtud de estas singularidades, podemos afirmar que se trata de un mecanismo innovador que propone un cambio de paradigmas, incentivándonos a contemplar el conflicto como una oportunidad de perfeccionamiento y a abandonar la postura adversarial tan fuertemente arraigada en nuestras culturas para asumir una postura solidaria en la búsqueda de soluciones mutuamente satisfactorias. Por eso, la mediación es apropiada para el manejo de conflictos provenientes de relaciones continuadas, como las familiares, vecinales, laborales, y está orientada para restablecer la comunicación entre las partes.

A partir del análisis de los principios rectores de esa técnica, se deduce que la mediación es un instrumento que enaltece la voluntad de las partes. Son ellas las que tienen autodeterminación, libertad y poder de decisión en el procedimiento para celebrar un acuerdo de la forma que les conviene. El proceso es conducido por el mediador, que deberá estar capacitado para ejercer la función de modo independiente e imparcial.

La mediación es ventajosa tanto para los mediados como para la sociedad. No obstante, también presenta algunos inconvenientes o limitaciones que generan diversas críticas, sobre todo relacionadas con su legalidad y efectividad, con la actuación de los mediadores y con la adecuada protección de los derechos de las partes. Desde mi punto de vista, la mediación, cuando se desarrolla bien, confiere mucho más ventajas que desventajas. Es importante que las experiencias empíricas con el uso de este instrumento sean acompañadas de un análisis científico capaz de detectar sus puntos positivos y negativos, contribuyendo así para su mejor aplicación. Es menester añadir la necesidad de un mayor intercambio entre estas prácticas.

En la actualidad, los ámbitos de mediación están experimentando una notable expansión. Particularmente, tengo una visión amplia sobre su aplicabilidad, pues creo que ella puede ser utilizada siempre que esté de acuerdo con los preceptos legales, que haya condiciones de diálogo y que corresponda a un acto de voluntad de las partes. Sin embargo, la mediación no puede ser considerada la panacea para todos los males sociales, en verdad, se adecua a la solución de conflictos de naturaleza continuada que implican el manejo de profundas emociones.

Es imperioso advertir que no se puede confundir la mediación con otras formas de abordar el conflicto, tales como la terapia familiar. Se tratan de dos instrumentos distintos, con finalidades y procedimientos propios.

El proceso de mediación es informal y flexible y se adapta a la necesidad de cada situación. Durante el procedimiento el mediador utiliza técnicas especializadas relacionadas con la comunicación. En definitiva, son instrumentos que suavizan las fuertes emociones y facilitan el diálogo cooperativo entre las partes, sacándoles de su postura rígida inicial y conduciéndoles a posicionamientos más flexibles, de mutuo acuerdo.

De lo expuesto, deduzco que la mediación es un instrumento eficaz de solución de conflictos y se destaca sobre todo en los casos en que las partes deben mantener la comunicación y una estrecha relación. Representa un mecanismo que propone una transformación cultural que beneficia a la sociedad, posibilitando un mayor ejercicio de la ciudadanía y de la solidaridad, así como concretiza principios democráticos.

Este trabajo tuvo como finalidad primordial analizar el desarrollo de la mediación en Brasil como un instrumento complementario de administración de justicia. Para comprender mejor la utilización de esta técnica se resaltó que Brasil es un país que presenta un creciente desarrollo, que se caracteriza por la grandeza de su territorio, multiculturalidad de su población y notables contrastes sociales, corroborados por la existencia de una fuerte concentración de renta en las manos de pocos.

La estructura social, económica y jurídica del país está pasando por profundas transformaciones pero todavía queda un largo camino hasta que el país se consolide como un efectivo Estado Democrático, una vez que la eficacia de los derechos fundamentales, sobre todo para los pobres, choca en numerosos obstáculos.

En el ámbito jurídico, la administración de justicia de Brasil, al igual que otros países, ha sufrido en las últimas décadas una crisis sistémica y perene ocasionada por múltiples factores: burocracia, complejidad, exceso de formalismo, lentitud, un cierto despliegue a la realidad social, el papel secundario de las partes en la solución del conflicto, la carencia de medios materiales y personales adecuados, leyes procesales que permiten numerosos recursos.

Los efectos de esta crisis indican que la vía judicial no puede ser la única utilizada por los ciudadanos para solucionar sus conflictos. A lo largo de su historia Brasil construyó una sociedad excesivamente judicializada en la cual los ciudadanos esperan que el poder judicial solucione de modo eficaz todos sus problemas derivados de la vida en sociedad. El resultado ha afectado de modo considerable el acceso a la justicia de forma adecuada.

El estado, de una manera global, ha reconocido cada vez el pluralismo jurídico en el sentido de que el estado no es el único productor de normas consideradas válidas en la sociedad y con eso ha fortalecido la autonomía de la voluntad de las partes para que utilicen mecanismos complementarios de solución de conflictos. Las propuestas de pluralismo jurídico presentadas por Boaventura de Sousa Santos y Antonio Carlos Wolkmer enaltecen la emancipación y la participación ciudadana en la vida social. No ofrecen un modelo teórico perfecto y acabado para los problemas de acceso a la justicia en Brasil pero sirven como importante referencial teórico para que las experiencias innovadoras en ese sentido sean analizadas, criticadas y difundidas.

Promover un acceso a la justicia más eficaz depende de la implementación de diversas políticas públicas integradas en las que participen



personas de diferentes áreas de conocimiento. Hay que mejorar la educación formal de los ciudadanos, perfeccionar las normas procesales, contratar más jueces y servidores públicos, invertir en tecnología y en la utilización de los mecanismos complementarios de solución de conflictos.

La mediación, tema principal de esta investigación, es un producto nuevo y, por tanto, susceptible de ser perfeccionado. La creciente ampliación de los ámbitos de la mediación es muy preocupante en el sentido de que paradójicamente, puede perjudicar el buen desarrollo de la mediación, además, también es susceptible de preocupación la calidad de la actividad desarrollada por los mediadores.

La historia de la mediación es reciente en Brasil. El origen de este procedimiento se sitúa en la década de los noventa, cuando hubo una gran proliferación de instituciones privadas que ofrecían este servicio. Hoy, la aplicabilidad de la mediación se extendió también a la esfera judicial, con apoyo de jueces y tribunales que pasaron a introducir esta técnica en sus actividades, como por ejemplo el Proyecto Balcón de Justicia y Ciudadanía.

No obstante la falta de ley específica sobre mediación, las experiencias prácticas se multiplican en el país, principalmente con la modalidad de mediación comunitaria. La aplicabilidad de la mediación en las comunidades, sobre todo en las más pobres, extrapola la satisfacción de los mediados y afecta la sociedad de un modo general. Esto porque desarrolla en la población valores, comportamientos favorables al fortalecimiento de una cultura de paz, embasada en el diálogo y en la tolerancia. La mediación comunitaria es realizada en el seno de estas comunidades, y por eso crea espacios públicos de discusión, de experiencia democrática.

El Proyecto del Tribunal de Justicia de Bahia ha presentado resultados notables y ha beneficiado numerosas comunidades carentes. El suceso de esta iniciativa es fruto del apoyo institucional del Tribunal de Justicia y de las entidades asociadas que trabajan para perfeccionar continuamente los procedimientos adoptados. A día de hoy las unidades de los Balcones son

reconocidos como instrumentos eficaces de solución de conflictos por los miembros de las respectivas comunidades y han favorecido a que estas personas ejerzan su ciudadanía de forma más activa.

Por tanto, la experiencia del Tribunal corrobora el entendimiento de que la mediación de conflictos consiste en un importante sistema complementario de administración de justicia en Brasil que favorece al pleno ejercicio del derecho fundamental de acceso a la justicia. El estado debe reconocer la autonomía de los individuos y capacitarlos para resolver sus propios conflictos.

Los beneficios proporcionados por la mediación en Brasil han sido extraordinarios pero son necesarios cambios intensos para su mejor aplicabilidad. La falta de legislación específica, de parámetros universales para legitimar y capacitar los mediadores, el déficit de educación de gran parte de la población, representan los principales entabes para una mayor eficacia de la mediación en el país.

De esta suerte, el panorama actual de la mediación apunta para un creciente desarrollo que tiene apoyo de organizaciones nacionales e internacionales, gubernamentales o no, universidades, profesionales especializados de diferentes áreas de conocimiento, que han dispensado esfuerzos mutuos para resaltar la importancia de la mediación de conflictos como sistema complementario de administración de justicia para lograr soluciones pacíficas, por medio del diálogo colaborativo.



## BIBLIOGRAFÍA

### Libros y artículos

ALZATE, Ramón. La dinámica del conflicto. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 37-49.

\_\_\_\_\_. La mediación en el ámbito escolar. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 318-330.

AMARAL, Márcia. *O direito de acesso à justiça e a mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AMAYA, Edgar. Pluralismo jurídico: apuntes para el debate. En: *El Otro Derecho*, número 26-27. Abril de 2002. ILSA, Bogotá D.C., Colombia, p. 49-62, 2002.

ARAMAYO, Maria Silvia; IBARRECHE, Rafael. Mecanismos de heterocomposición de conflictos: Del Arbitraje a los “ADR”. En: ARAMAYO, Maria Silvia (Coord.). *Introducción al derecho del Arbitraje y Mediación*. Salamanca: Ratio Legis, 2006.

ARANDA, Cayetano. ¿Es posible una comprensión universalista de la cultura? Las paradojas del concepto de interculturalidad. En: GUERRERO, J. Antonio (ed.) *Estudios sobre la mediación intercultural*. Almería: Universidad de Almería, 2006, p. 27-54.

ARÉCHAGA, Patricia; BRANDONI, Florencia; FINKELSTEIN, Andrea. *Acerca de la Clínica de Mediación: relato de casos*. Buenos Aires: Librería histórica, 2004.

ARIAS, David (Coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Navarra: Aranzadi, 2005.

ÁVILA, Alfredo. Cuestiones Particulares en torno a la solución alternativa de controversias: hacia el arbitraje *On Line* y la autodisciplina en el Derecho de la Publicidad. En: ARAMAYO, Maria Silvia (Coord.). *Introducción al derecho del Arbitraje y Mediación*. Salamanca: Ratio Legis, 2006, p.155-168.

AZEVEDO, André. Desafios de acesso à justiça ante o fortalecimento da autocomposição como política pública nacional. En: PELUSO, Antonio Cezar y otros (Coord.). *Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.11-29.

BANDIERI, Luís. La Negociación. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros M. (Coord.) *Medición y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 112-130.

\_\_\_\_\_. La mediación tópica. Argentina: Universitas, 2007.

BARBADO, Michele. Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro. En: *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

BARBATO JR., Roberto. Pluralismo jurídico e criminalidade brasileira. En: WOLKMER (org.) *Pluralismo Jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 225-239.

BARTLE, Phil. *¿Qué es Comunidad?* Traducido por: SADA, Maria Lourdes. Disponible en: <http://cec.vcn.bc.ca>. Acceso en 12/09/2011.

BACELLAR, Roberto. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. Em: CASELLA, Paulo y otros (Coord.). *Mediação de Conflitos- Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 85-91.

BARONA, Silvia. Solución Extrajudicial de conflictos - *Alternative Dispute Resolution" (ADR) y Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

\_\_\_\_\_. Arbitraje en España: A la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia. En: Barona, Silvia (Directora). *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*. Navarra: Civitas, 2007.

BARRETO, Antônio Mont'Alverne; BERCOVICI Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARKER, James; DOMENICI, Kathy. Prácticas de mediación para equipos generadores de conocimiento. En: SCHNITMAN, Dora (comp.). Resolución de conflictos. *Nuevos diseños, nuevos contextos*. Barcelona: Granica, 2000, p. 253-300.

BAUMAN, Z. *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*. trad. de J. Alborés, Siglo XXI, Madrid. 2006.

BERMÚDEZ, K.; PRATS, G. y URIBE, E. *La mediación intercultural: un puente para el diálogo*. Barcelona: Desenvolupament Comunitari, 2000.

BERNAL, Trinidad. *La Mediación: Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. 3. ed. Madrid: Colex, 2006.

\_\_\_\_\_. Conflicto y mediación. En: HEREDIA, Iván. *Medios alternativos de solución de controversia- Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 11 (2007), p. 111-122.

\_\_\_\_\_. Psicólogo y Mediación. Publicado en 26/01/2006. Disponible en: <http://www.infocop.es>. Acceso en 05/11/2011.

BEZERRA, Paulo Cesar. *A produção do Direito no Brasil*. 2. Ed. Bahia: Editus, 2008.

\_\_\_\_\_. *Acesso à Justiça: Um problema ético-social no plano da realização do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BIN, Elisa. Algunas reflexiones para el debate acerca de la construcción de la Democracia Participativa. En: ROMERO, Ricardo (Comp.). *Democracia Participativa, una utopía en marcha*. Buenos Aires, 2004, p. 22. Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar>. Acceso en: 20.09.2011.

BOQUÉ, M. Carme. *Guía de mediación escolar- Programa comprensivo de actividades de 6 a 16 años*. Barcelona: Octaedro, 2002.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos e legislação brasileira. Em: *Valor Econômico*, 24 setembro de 2004, Caderno E2.

BRAITHWAITE, J. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. New York: Oxford University Press, 2002.

BREITMAN, Stella; COSTA, Alice. *Mediação Familiar: Uma intervenção em busca da paz*. Porto Alegre: Criação humana, 2001.

BURTON, John. *Conflict: Resolution and Provention*. Virginia: The Macmillan Press, 1990.

BUSH, Robert; FOLGER, Joseph. *La promesa de la mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento y el reconocimiento de los otros*. Buenos Aires: Granica, 1996.

CAIVANO, Roque J; GOBBI. Y otros. *Negociación y Mediación*. Buenos Aires: Ad hoc, 1997.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CALVO, Raúl. Jueces y mediadores. Cuatro modelos de neutralidad del tercero en la resolución de conflictos. En: GARCÍA, Alfonso. *Racionalidad y Derecho*.

Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid: 2006, p. 133-158.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARNEVALE, P.J. Strategic Choice in Mediation. *Negotiation Journal*, 1986, n. 2, 41-56.

\_\_\_\_\_; Conlon, D. E. Time pressure and strategic choice in mediation. *Organizational Behaviour and Human Decision Process*, 1988, n.42, 111-133.

\_\_\_\_\_; Henry, R. Determinants of mediator behaviour: A Test of the Strategic Choice Model. *Journal of Applied Social Psychology*, 1989, n.19, 481-98.

\_\_\_\_\_; Lawler, E. J. Time pressure and the development of integrative agreements in bilateral negotiation. *Journal of Conflict Resolution*, 1986, n. 30, 636-659.

\_\_\_\_\_: Pagnetter R. The Selection of Mediation Tactics in Public Sector Disputes: A Contingency Analysis. *Journal of Social Issues*, 1985, n. 41, 65-81.

\_\_\_\_\_; Conlon, D.E., Hanisch, K.A. y Harris, K.L. (1989). Experimental Research on the Strategic-Choice Model of Mediation. En K. Kressel, y D.G. Pruitt, (ed.) *Mediation Research: The Process and Effectiveness of Third-Party Intervention*. San Francisco: Jossey-Bass, 1989, p. 345-367.

CARAM, María Elena; y otros. *Mediación. Diseño de una práctica*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2006.

CARMELINGO, Andre. *Mediação obrigatória*. Disponible en: <http://www.escritorioonline.com>. Acceso en: 08.07.2011.

CARRERAS, Llansana; FENECH Navarro. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Bosch, 1962.

CARRETERO, Emiliano. La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos. En: SOLETO, Helena(Dir.). *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos, 2011, p.56-73.

CARVALHO, Lucas. Caminhos e descaminhos do pluralismo jurídico no Brasil. En: Wolkmer, Antonio Carlos y otros. *Pluralismo Jurídico- Os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: 2010, p. 13-36.

CHRISTIAN, Ulf. *Mediación penal- de la práctica a la teoría*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2005.

CID, José. Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal. En: HEREDIA, Iván. *Medios alternativos de solución de controversia- Anuario de la*

*Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 11 (2007), p. 151-168.

COBB, Sara. Resolución de conflictos: una nueva perspectiva. *Acta Psiquiátrica y Psicológica de América Latina*, 37 (1), 1991, p. 31-36.

\_\_\_\_\_. *Einsteinian practice and Newtonian discourse: ethical crisis in mediation*. *Negotiation Journal*, 7 (1), 1991, p. 87-102.

\_\_\_\_\_; RIFKIN. *Neutrality as a discursive practice: the construction and transformation of narratives in community mediation*. *Studies in law, politics and society* n. 11, 1991, p. 69-91.

\_\_\_\_\_. La Neutralidad como práctica discursiva. La construcción y transformación de narrativas en la mediación en comunidades. Material bibliográfico del curso "Negociación y resolución de conflictos", Universidad de California, Santa Bárbara, agosto - septiembre de 1995.

\_\_\_\_\_. Una perspectiva narrativa de la mediación. hacia la materialización de la metáfora de "narración-de-historias" Material bibliográfico del curso "Negociación y resolución de conflictos", Universidad de California, Santa Bárbara, agosto - septiembre de 1995.

\_\_\_\_\_. Hacia un nuevo discurso para la mediación. Una crítica sobre la neutralidad. Material bibliográfico del curso "Negociación y resolución de conflictos", Universidad de California, Santa Bárbara, agosto - septiembre de 1995.

CORDÓN, Faustino. *El arbitraje de Derecho Privado – Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Navarra: Civitas, 2005.

COSTA, Mercedes. La negociación. En: HINOJOSA, Rafael (Coord.). *Sistemas de Solución Extrajurisdiccional de conflictos*. Madrid: Ramón Areces, 2006, p. 17-60.

DALANEZE, Sérgio. Contribuição do pluralismo no debate das idéias jurídicas. En: WOLKMER (org.) *Pluralismo Jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67-79.

DAMIÁN, Juan. *El juez ante la Ley*. Madrid: Cuadernos de Derecho Registral, 2011.

DIEGO, Raúl de; GUILLÉN, Carlos. *Mediación: Proceso, tácticas y técnicas*. Madrid: Pirámide, 2006.

DIEZ, Francisco; TAPIA, Gachi. *Herramientas para trabajar en mediación*. Buenos Aires: Paidós, 1999.

DINAMARCO, Cândido. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.



DEWEY, John; HICKMAN, Larry; ALEXANDRE, Thomas M. (Ed.) *The Essential Dewey: Pragmatism, education y democracy*. Bloomington: Indiana University Press, 1998.

ESPLUGUES, Carlos. Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa. In: Barona, Silvia (Directora). *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*. Navarra: Civitas, 2007, p. 177-211.

ESTEBAN, Yolanda. La comunicación: su utilidad y poder en el proceso de mediación. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 77-94.

FERNÁNDEZ, Sergio. *Teoría y práctica de la mediación: La gestión alternativa de los conflictos sociales*. Murcia: Universidad de Murcia, 2009.

FERREIRA De la RUA, Angelina; GONZÁLEZ, Cristina. *Lineamientos para un Proceso Civil Moderno*. Buenos Aires: Ediar, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREIRE JÚNIOR, Américo. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREIRE, Leticia. *Favela, bairro ou comunidade? Quando uma política urbana torna-se uma política de significados*. 2008, p. 108-109. Disponible en: <http://revistadil.dominiotemporario.com>. Acceso en 15/09/2011.

FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FOLBERG, J.; TAYLOR, A. *Mediación, resolución de conflictos sin litigio*. México: Editorial Limusa, 1997.

SCHNITMAN, Dora; SCHNITMAN, Jorge. La resolución alternativa de conflictos: Un enfoque generativo. En: SCHNITMAN, Dora (comp.). *Nuevos paradigmas en La resolución de conflictos: Perspectivas y prácticas*. Barcelona: Granica, 2000, p. 133 -158.

FREITAS, Décio. *Palmares, a guerra dos escravos*. Rio de Janeiro: Graal, 1982.

FREYRE, Gilberto. *Casa grande e senzala*. 30 ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

FUNES, Silvina. Hacia un mayor conocimiento de la mediación y el tratamiento de conflictos. En: TORREGO, Juan Carlos. *Modelo integrado de mejora de la convivencia: Estrategias de mediación y tratamientos de conflictos*. Barcelona: Graó, 2006, p. 109-138.

\_\_\_\_\_. Habilidades para la comunicación eficaz. . En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 95-111.

\_\_\_\_\_. Comunicación: emociones y poder. En: SOLETO, Helena M.(Dir.) *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos, 2011, p.140-156.

GAMERO, Eduardo; RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (Coord.). *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las administraciones públicas*. Sevilla: Mergablum, 2006.

GARCÍA, F. J.; BARRAGÁN, C. Sociedad multicultural e interculturalismo versus inmigración extranjera: aportaciones para el debate. En: Documentación Social, n. 121, 2000, p. 209-231.

GARCÍA, Juan Carlos. *La conciliación Judicial en el Proceso Laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

GARCÍA, Leticia. *Mediación en conflictos familiares una construcción desde el derecho de familia*. Madrid: Reus, 2006.

GARCÍA, L.; LÓPEZ, R. Mediación y sistema escolar. La convivencia como horizonte. En: LOPEZ, R. *Las múltiples cara de la mediación. Y llegó para quedarse*. Valencia: Universitat de València: 2007, p. 71-114.

GARGARELLA, Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1999.

GIL, José Luis. La solución negociada de los conflictos individuales de trabajo. En: GIL, José Luis (Coord.). *Los procedimientos negociados de solución de los conflictos laborales*. Madrid: La Ley, 2008, p.121 -160.

GERGEN, Keneth. Rumo a um vocabulário do diálogo transformador. En: SCNITMAN, Dora; LITTLEJOHN, Stephen (orgs.) *Novos paradigmas da Mediação*. Trad. Marcos A. G. Domínguez e Jussara Albert Rodrigues. Porto Alegre: Artes médicas Sul, 1999, p. 29-45.

\_\_\_\_\_. Hacia un vocabulario para el diálogo transformador. En: SCNITMAN, Dora (comp.). *Nuevos paradigmas en La resolución de conflictos: Perspectivas y prácticas*. Barcelona: Granica, 2000, p. 43-71.

GIMÉNEZ, Carlos. La naturaleza de la mediación intercultural. En: *Revista Migraciones*, n. 2, Madrid, 1997, p. 125-159.

\_\_\_\_\_. *Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural*. En: *Revista Migraciones* n. 10, diciembre de 2001.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *El Servicio de Mediación Social Intercultural- SEMSI*. Madrid: Ayuntamiento de Madrid, 2002.

GONZÁLEZ, M. Isabel. Los métodos alternativos de resolución de conflictos. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 131-143.

GORDILLO, Luis F. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: lustel, 2007, p. 152-180.

GOULART, Adriana. A Conciliação Judicial Trabalhista em uma política de tratamento adequado e efetivo conflitos de interesse. En: PELUSO, Antonio Cezar y otros (Coord.). *Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 115-140.

GUASP, Jaime. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Bosch, 1956.

GUILLÉN, Víctor. *La audiencia previa: Consideraciones Teórico-prácticas (Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000)*. Madrid: Civitas, 2000.

GUILLÉN, Carlos; LEÓN, José. El conflicto interpersonal. En: SANCHEZ PERÉZ, José (Coord.) *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2005, p. 82-83.

GUILLERMO, Jorge. Estructura y fases de la mediación. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 225- 233.

\_\_\_\_\_. Comprensión del fin de las partes. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 234-246.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid; Trotta, 1998.

HAYNES, John. *Fundamentos de la Mediación Familiar*. España: Gaia, 1995.

HESPANHA, Antonio Manuel. Estadualismo, pluralismo e neo-republicanismo. Perplexidades dos nossos dias. En: WOLKMER (org.) *Pluralismo Jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139-172.

HIERRO, Liborio. *Estado de Derecho- Problemas actuales*. México: Fontamara, 1998.

\_\_\_\_\_. Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC)- Ética y deontología de la mediación. En: HEREDIA,

Iván. *Medios alternativos de solución de controversia- Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 11, 2007, p. 27-48.

\_\_\_\_\_. Deontología de las profesiones jurídicas- Una discusión académica. En: *Revista de Pensamiento Jurídico- El derecho de defensa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 81-98.

HIGHTON, Elena Inés; ÁLVAREZ, Gladys Stella. La mediación en la escena judicial: sus límites. La tentación de ejercer el poder y el poder del mediador según su profesión de origen. En: SCHNITMAN, Dora (comp.) *Resolución de conflictos. Nuevos diseños, nuevos contextos*. Barcelona: Granica, 2000, p. 121-154.

HINOJOSA, Rafael. La conciliación. In: HINOJOSA, Rafael (Coord.). *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*. Madrid: Ramón Areces: 2006, p. 91-101.

HÖMBERG, Rudolf C. El arbitraje institucional y sus retos en el inicio del siglo XXI- El ejemplo de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. En: Barona, Silvia (Directora). *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*. Navarra: Civitas, 2007, p. 68-72.

HOYOS, Flor. Mediación y mediación social. En: LOPEZ, R. *Las múltiples cara de la mediación. Y llegó para quedarse*. Valencia: Universitat de València: 2007, p. 16-40.

JUNQUEIRA, Eliane; RODRIGUES, José Augusto. A volta do parafuso: cidadania e violência. En SANTOS JR., Belisário (org.). *Direitos Humanos- Um debate necessário*. São Paulo: Brasiliense, Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1988, p. 120-140.

KYMLICKA, Will. *Filosofía política contemporánea. Una introducción*. Barcelona: Ariel, 1995.

LIXA, Ivone. Pluralismo Jurídico: insurgência e resignificação hermenêutica. En: WOLKMER, Antonio Carlos (org.) *Pluralismo Jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 125-138.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *O Direito na História*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LOPEZ, R. *Las múltiples cara de la mediación. Y llegó para quedarse*. Valencia: Universitat de València: 2007, p. 15-38.

LORCA, Antonio María. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Mediación en "Asuntos Civiles y Mercantiles" elaborado por el Ministerio de Justicia del gobierno de España "con los efectos procesales que de ella derivan."* San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010.

LUQUIN, Raquel. *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*. Madrid: Thomson-Civitas, 2007.

MACIEL, José Fábio Rodrigues; AGUIAR, Renan. *História do Direito*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MALIK, Beatriz; HERRAZ, Mercedes (Coord.). *Mediación intercultural en contextos sócio-educativos*. Málaga: Aljibe, 2005.

MALISKA, Marcos Augusto. *Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica na modernidade*. Curitiba: Juruá, 2000.

MANTILLA, Rosane. Mediação social: Uma experiência de trabalho em comunidade de baixa renda. Em: MUSTZKAT, Malvina (org.). *Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. São Paulo: Summus, 2003, p. 89-110.

MANZANARES, José Luis. *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*. Granada: Comares, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARTÍN DIZ, Fernando. Políticas de la Unión Europea en la promoción de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos. En: ARAMAYO, María Silvia (Coord.). *Introducción al derecho del Arbitraje y Mediación*. Salamanca: Ratio Legis, 2006, p. 71-96.

\_\_\_\_\_. *La mediación: sistema complementario de administración de justicia*. Madrid: Lerko Print, 2010.

\_\_\_\_\_. La mediación: marco general para su implantación como sistema complementario de administración de justicia. En: MARTÍN DIZ, Fernando (Coord.). *La mediación en materia de familia y derecho penal: Estudios y análisis*. Santiago de Compostela: Andavira, 2011, p. 21-66.

MARTÍNEZ, M. Jesús. Compromisos con la vertiente socioeducativa: potencialidades y obstáculos para la profesionalización del mediador cultural. En: LOPEZ, R. *Las múltiples cara de la mediación. Y llegó para quedarse*. Valencia: Universitat de València: 2007, p.172- 214.

\_\_\_\_\_; GARCÍA, R. La ecuación como respuesta: principios, objetivos y propuestas de futuro. En: LOPEZ, R. *Las múltiples cara de la mediación. Y llegó para quedarse*. Valencia: Universitat de València: 2007, p.215-247.

MARTÍNEZ, Pedro. Ley de extranjería y su influencia en la mediación intercultural. En: GUERRERO, J. Antonio (ed.) *Estudios sobre la mediación intercultural*. Almería: Universidad de Almería, 2006, p. 235-250.

MARTÍNEZ-CORTS, Inés; GUERRA, José Manuel; MUNDUATE, Lourdes. Poder y Procesos de influencia en la negociación. En: MEDINA, Francisco;

MUNDUATE, Lourdes (Coord.) *Gestión del conflicto, Negociación y Mediación*. Madrid: Pirámide, 2005, p. 183-200.

MEDINA, Francisco; MUNDUATE, Lourdes. La naturaleza de la Negociación. En: MEDINA, Francisco; MUNDUATE, Lourdes (Coord.) *Gestión del conflicto, Negociación y Mediación*. Madrid: Pirámide, 2005, p. 120-121.

MEJÍAS, Juan Francisco. *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*. Madrid: El Derecho y Quantor, 2009.

MERCADER, Jesús. Relaciones laborales y solución extrajudicial de controversias. En: HEREDIA, Iván. *Medios alternativos de solución de controversia- Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 11 (2007), p. 89-110.

MONTERO, Juan. *La conciliación previa o extrajudicial en el proceso laboral- Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*. Valencia: Tirant Ion Blanch, 1999.

MONTESINOS, Ana. Los retos del arbitraje ante las nuevas tecnologías. En: BARONA, Silvia (Directora). *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*. Navarra: Civitas, 2007, p. 237-268.

MOORE, Christopher. *El proceso de Mediación: Estrategias Prácticas para la resolución de conflictos*. Barcelona: Granica, 1995.

MORÁN; Gloria. La Mediación en EEUU. Vías alternativas de negociación y resolución de conflictos. La experiencia estadounidense. En: SOUTO, Esther. *La mediación: Un instrumento de conciliación*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 11-30.

MORENO, Florentino. La mediación y la evolución histórica de la idea de conflicto. En: GONZÁLEZ, Nicolás y otros (Director). *Mediación: Un método de ? Conflictos- Estudio interdisciplinar*. Madrid: Colex, 2010, p. 21-40.

MORGENSTERN, Oskar; NEUMANN, John Von. *The Theory of Games and Economic Behaviour*. Princeton University Press, 1947.

MUCIANO, Diego; NOTÓ, Cesc. Mediación escolar. En: *La Mediación escolar - Una estrategia para abordar en conflicto*. Barcelona: Grao, 2005, p. 25 -36.

MULLERAT, Ramón M. *Principales innovaciones de la nueva Ley de Arbitraje*. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 2, 2004, p. 1847-1850.

MUNDUATE, Lourdes; MARTÍNEZ, José. *Conflicto y Negociación*. Madrid: Pirámide, 1998.

MUNNÉ, María; MC-CRAGH, Pilar. *Los 10 principios de la cultura de Mediación*. Barcelona: Graó, 2006.

MUSCOLO, Silvia y otros. La mediación comunitaria como práctica de creatividad social y de construcción de ciudadanía. En: *Documentación Social. La mediación: caja de herramientas ante el conflicto social*. Madrid: Cáritas Española, 2008.

NEVES, Marcelo. *Do pluralismo à miscelânea social: o problema da falta de identidade da (s) esfera(a) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina*. Direito em Debate, v. 1, n. 1, Unijuí, 1991, p. 7-37.

NOVEL, Gloria. *Mediación organizacional: desarrollando un modelo de éxito compartido*. Madrid: Reus, 2010.

OAKLEY, Peter; CLAYTON, Andrew. *Monitoramento e avaliação do empoderamento*. São Paulo: Instituto Polis, 2003.

OLIVEIRA, Luciano. Pluralismo jurídico e o direito alternativo no Brasil: notas para um balanço. En: Oliveira, Luciano. *Sua excelência, o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

ORDOÑEZ, Diana T. La mediación es España. En: SOUTO, Esther. *La mediación: Un instrumento de conciliación*. Madrid: Dykinson, 2010, p. 53-72.

OTERO, Milagros. Los modelos teóricos de la mediación. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p.158-172.

\_\_\_\_\_. Ventajas e inconvenientes de la mediación. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 144-157.

PACHECO, Regina Silva; NOGUEIRA, José Marcelo Maia. *A gestão do Poder Judiciário nos estudos de administração pública*, 2008. Disponible en: <http://www.consad.org.br>. Acceso en: 20/02/2011.

PASTOR, Santos. Eficiencia y medios alternativos. En: HEREDIA, Iván. *Medios alternativos de solución de controversia - Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 11 (2007), p. 49-78.

PAZ, Loveras, E. *Libro blanco sobre mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos. Proyecto i-confianza: autorregulación y sistemas extrajudiciales off-line y on-line de solución de conflictos para entornos de comercio electrónico*, Madrid: AENOR, 2002.

PELLEGRINI, Ada. Conciliação e Mediação Judiciais no Projeto de Novo Código Civil. En: PELUSO, Antonio Cezar y otros (Coord.). *Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 171-180.

PERUZZO, Cecília. *Comunidades em tempo de redes*. Disponible en: <http://www.ciciliaperuzzo.pro.br>. Acceso en: 07/09/2011.

PINTO, Ana Célia. O conflito familiar na justiça: Mediação e o exercício dos papéis. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 62, p.64-71, mar., 2001.

QUIROGA, Marta. Métodos alternos: Una justicia más progresista y universalizada. En: QUIROGA, Marta y otros (Editores/Directores); SÁNCHEZ, Arnulfo. *Métodos Alternos de Solución de Conflictos: Herramientas de paz y modernización de la justicia*. Madrid: Dykinson, 2011, p. 41-65.

REDORTA, Joseph. *Cómo analizar los conflictos: la tipología de conflictos como herramienta de mediación*. Barcelona: Paidós, 2007.

REVILLA, José. La mediación penal. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 301-317.

RÍOS, Juan Carlos. La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal. En: SAÉZ, Ramón; ORTUÑO, Pascual (Dir.). *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, p.141-166.

RÍOS, Julián; PASCUAL, Esther; BIBIANO, Alfonso. La mediación penal y penitenciaria- Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano. Madrid: Colex, 2006.

RIQUELME, Sergio Fernández. *Teoría y práctica de la mediación: la gestión alternativa de los conflictos sociales*. Murcia: Edit.um, 2009.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

ROCHA, José. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson. *A prática da mediação e o acesso à justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROMERO, M. Isabel. *La conciliación en el proceso laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ROZENBLUN, Sara. *Mediación - Convivencia y resolución de conflictos en la comunidad*. Barcelona: Graó, 2007.

RUBIN, J.; PRUITT, D; KIM, S. *Social Conflict Escalation: Stalemate and Settlement*. New York: MacGraw-Hill, 1994.

RUBIO, David. Pluralismo jurídico e emancipação social. En: WOLKMER (org.) *Pluralismo Jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.51-65.



RUIZ, Ivan. A mediação no Direito de Família e o acesso à justiça. En: CASELLA, Paulo y otros (Org.). *Mediação de Conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 294.

SAÉZ, Ramón; ORTUÑO, Pascual (Dir.). *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.

SÁEZ, Ramón. La mediación reparadora en el Proceso Penal: reflexión a partir de una experiencia. En: SAÉZ, Ramón; ORTUÑO, Pascual (Dir.). *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 35-86.

SAINT-MEZARD, Damián. Comunicación: buenas prácticas y errores. En: SOLETO, Helena (Dir.). *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos, 2011, p. 119-139.

SAIZ, Alberto. Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos. En: SOLETO, Helena (Dir.). *Mediación y resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*. Madrid: Tecnos, 2011, p.74-85.

SALES, Lilia. *Mediare: Um Guia prático para Mediadores*. Fortaleza: UNIFOR, 2004.

\_\_\_\_\_. *Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito, 2007, p. 33-40.*

\_\_\_\_\_; MIRANDA, Ana Karine; FIALHO, Elizabeth. Casa de Mediação Comunitária- Um instrumento eficaz na solução participativa e pacífica dos conflitos. Em: SALES, Lilia (Org.). *A cidadania em debate - A mediação de conflitos*. Fortaleza: Gráfica Unifor, 2005, p. 180-203.

\_\_\_\_\_. *Mediação Escolar: Inclusão e Pacificação dos Jovens pela comunicação*. Disponible en: <http://www.mediacaobrasil.org.br>. Acceso en: 03/07/2011.

SANCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo. Los orígenes del pluralismo jurídico. Disponible en: <http://www.bibliojuridica.org>. Acceso en: 01/05/2011.

SÁNCHEZ PÉREZ, José. Aproximación genérica al conflicto. En: SÁNCHEZ PÉREZ, José (Coord.) *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*. Cádiz: Universidad de Cádiz, 2005, p.26.

SANTOR, Helena. *La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*. Madrid: La Ley, 2006.

SANTOS, Boaventura. *Pela mão de Alice - o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994.

\_\_\_\_\_. *Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

\_\_\_\_\_. *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Traducción de FLORES, Joaquín Herrera y otros. Bilbao: Editorial Desclée de Brower, 2003.

\_\_\_\_\_. *A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade*. São Paulo: Cortez, 2004.

\_\_\_\_\_. *Pela mão de Alice - o social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. Porto: Afrontamento, 2006.

\_\_\_\_\_. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

\_\_\_\_\_. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. En: Barreira, César (Ed.), *Sociologia e Conhecimento além das Fronteiras*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2006.

\_\_\_\_\_. El discurso y el poder (Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica). En: *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, p. 78-79. Disponible en: <http://www.revistas.unam.mx>. Acceso en: 08/05/2011.

SAVAGE, Cynthia A, STUART, Kenneth K. *The Multi-Door Courthouse: How It's Working*. Disponible en: <http://www.courts.state.co.us>. Acceso en: 01.10.2011. Para mayores informaciones, ver: HIGHTON, Elena. *Justicia en Cambio. Sociedad civil, abogados y jueces. Un nuevo proyecto para la administración de justicia*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003.

SERRANO, Gonzalo. Percepción y conflicto En: GONZÁLEZ, Nicolás y otros (Director). *Mediación: Un método de ? Conflictos- Estudio interdisciplinar*. Madrid: Colex, 2010, p. 21-40.

SINISTERRA, Waldir. Mediación Comunitaria. En: SOUTO, Esther. *La mediación: Un instrumento de conciliación*. Madrid: Dykinson, 2010, p.363-384.

SHIRLEY, Robert. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SIX, Jean-François. *Dinámica de la mediación*. Barcelona: Paidós, 1997.

SOLETO, Helena. Mediación Laboral. Mediación Comunitaria. En: SOLETO, Helena; OTERO, Milagros (Coord.) *Mediación y solución de conflictos: Habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos, 2007, p. 331-340.

SOUZA, Luciane. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional. En: CASELLA, Paulo Borba y otros (Org.). *Mediação de Conflitos: Novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

STAMPA, Gonzalo. El juez de apoyo al arbitraje: Nombramiento judicial de árbitros, práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares. En: *La nueva Ley de Arbitraje*. Madrid: consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 177-198.

SUARES, Marínés. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós, 1999.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

TOUZARD, Hubert. *La mediación y la solución de los conflictos - Estudio psicosociológico*. Barcelona: Herder, 1981.

TRINIDAD, M. Luisa. Derecho de extranjería y mediación intercultural. En: GUERRERO, J. Antonio (ed.) *Estudios sobre la mediación intercultural*. Almería: Universidad de Almería, 2006, p. 251-272.

URY, William, y otros. *Sí de acuerdo. Cómo negociar sin ceder*. Colombia: Norma, 1994.

\_\_\_\_\_. *Supere el no: Cómo negociar con personas que adoptan posiciones inflexibles*. Barcelona: Ediciones Gestión 2000, 1997.

\_\_\_\_\_. *Alcanzar la paz resolución de conflictos y mediación en la familia, el trabajo y el mundo*. Madrid: Paidós, 2005.

\_\_\_\_\_; FISHER, Roger. *Obtenga el sí: El arte de negociar sin ceder*. Barcelona: Gestión 2000, 2005.

VASCONCELOS. Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas: Modelos, Processos, ética e Aplicações*. São Paulo: Método, 2008.

VASCONCELOS, Mônica. O processo de mediação familiar. En: SALES, Lília (Org.). *A cidadania em Debate - A mediação de conflitos*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2006, p. 161-179.

\_\_\_\_\_; SALES, Lília. *Mediação Familiar: Um estudo histórico-social das relações de conflito nas famílias contemporâneas*. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2006.

\_\_\_\_\_; LOPEZ, Marcio. O mediador de conflitos. En: ALMEIDA, Denise; SALES, Lília (Org.). *Mediação em perspectiva- Orientações para mediadores comunitários*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004, p. 49-57.

\_\_\_\_\_; ALMEIDA, Denise. A mediação e as relações familiares. SALES, Lília (Org.). *Mediação em perspectiva- Orientações para mediadores comunitários*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004, p. 85-96.

VÁZQUEZ, Octavio. El trabajo social y la mediación intercultural. En: GAMERO, Eduardo; RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (Coord.). *Mediación para la*

*resolución de conflictos de personal en las administraciones públicas*. Sevilla: Mergablum, 2006, p. 309-329.

VERDERA, Evelio. La Ley 60/2003, de Arbitraje y, la modernización del Arbitraje Comercial en España. En: *La nueva Ley de Arbitraje*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, p.13-64.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: Teoria e prática*. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 2001.

\_\_\_\_\_. *Mediação: Guia para Usuários e Profissionais*. Florianópolis: IMAB, 2001

VIEIRA, L. J. M.; PINHEIRO, I. A. *Contribuições do Conselho Nacional de Justiça para a gestão do Poder Judiciário*. En: ANPAD. Rio de Janeiro, 2008.

VINYAMATA, Eduard. *Manual de prevención y resolución de conflictos: Conciliación, mediación, negociación*. Barcelona: Ariel, 1999.

WAGNER, J. A.; HOLLENBECCK, J. R. *Comportamiento organizativo*. Madrid: Thomson, 2004.

WALTON, R.; MACKERSIE, R. *A behavioral theory of labor relations*. New York: McGraw-Hill, 1965.

WARAT, Luís Alberto. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. En: PELUSO, Antonio Cezar y otros (Coord.). *Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 03-10.

WATZLAWICK, Paul. *Teoría de la comunicación humana*. Barcelona: Herder, 1997.

\_\_\_\_\_. *El lenguaje del cambio (6ª ed.)*. Barcelona: Herder, 1994.

\_\_\_\_\_. *Cambio*. Barcelona: Herder, 1999.

\_\_\_\_\_. *¿Es real la realidad? Confusión, desinformación, comunicación*. Barcelona: Herder, 2001.

\_\_\_\_\_. *El arte de amargarse la vida*. Barcelona: Herder, 2003.

\_\_\_\_\_. *La construcción del universo*. Barcelona: Herder, 2006.

\_\_\_\_\_. *Ficciones de la realidad: realidades de la ficción: estrategias de la comunicación humana*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa ômega, 2001.

\_\_\_\_\_. Sociedad Civil, poder comunitario y acceso democrático a la justicia. En: *El Otro Derecho*, Bogotá, v. 26-27, p. 135-147, 2002.

\_\_\_\_\_. *Historia do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. Pluralismo jurídico: em espaço de resistência na construção dos direitos humanos. En: Wolkmer (org.) *Pluralismo Jurídico: novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37-50.

## **Documentos y legislación**

La Constitución Española de 1978.

Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil Español.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil.

-Ley Modelo de la UNCITRAL/CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Viena, en 21 de junio de 1985.

-Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional, de 24 de junio de 2002.

Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por las LO 8/2000 y 14/2003.

Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje.

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje en España.

Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña.

Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de Galicia.

Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en Valencia.

Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias; Ley 4/2005, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla- La Mancha.

Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León.

Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar de las Islas Baleares.

Ley 1/2007, de 21 de febrero, de mediación familiar de la Comunidad de Madrid.

Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar para la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Orden Foral Navarra 147, de 13 de julio de 2007.

### **Normativas de Brasil**

Constitución Federal de la República Federativa da Brasil de 1988.

Código Civil de Brasil, ley 10406, de 10 de enero de 2002.

Código Penal de Brasil, Decreto-Ley 2.848, de 7 de diciembre de 1940.

Código de Procedimiento Civil de Brasil, ley 5869, de 11 de enero de 1973.

Código de Procedimiento Penal de Brasil, Decreto-ley 3.689, de 3 de octubre de 1941.

Consolidación de las Leyes Laborales-Decreto-Ley 5.452, de 1 de mayo de 1943.

Ley 12.403, de 04 de mayo de 2011, altera el código de Procedimiento civil.

Ley 9.099, de 26 de septiembre de 1995, sobre los juzgados especiales.

Ley 12.318, de 26 de agosto de 2010, de Alienación Parental.

Ley 9.307, de 23 de septiembre de 2006, de arbitraje en Brasil.

Ley 11.804, de 5 de noviembre de 2008, sobre pensión alimenticia.

Enmienda Constitucional n. 66, de 23 de septiembre de 2010, sobre el divorcio.

Normas del Ministerio de Educación- MEC n. 3.381/2004 y 484/2005, sobre las Carreras de Derecho.

Resolución 01/2003, crea los Balcones de Justicia y Ciudadanía.

Resolución 08/2004, altera el reglamento sobre los Balcones de Justicia y Ciudadanía.

Resolución 05/2006, altera el reglamento sobre los Balcones de Justicia y Ciudadanía.

Resolución n. 2/2010, de 9 de febrero de 2010, introdujo el Proyecto Balcón de Justicia y Ciudadanía en las atribuciones de la Asesoría II que Coordina los Proyectos Especiales.

Resolución 125 del Consejo Nacional de Justicia, establece la política nacional de tratamiento adecuado de solución de conflictos.

Manuel de Procedimientos del Proyecto Balcón de Justicia y Ciudadanía.

Proyecto de Ley n. 94/2003 sobre Mediación de Conflictos en Brasil.

### **Internet**

<http://buscon.rae.es>  
<http://www.pon.harvard.edu>  
<http://www.mtin.es>  
<http://www.cej.justicia.es>  
<http://www.fiscal.es>  
<http://www.iccwbo.org>  
<http://www.lcia-arbitration.com>  
<http://tesienrede.net>  
<http://centroapside.com>  
<http://eurlex.europa.eu>  
<http://www.fsima.es>  
<http://www.funai.gov.br>  
<http://www.cnj.jus.br>  
<http://www.brasil.gov.br>  
<http://www.tjsp.jus.br>  
<http://bibliotecadigital.fgv.br>  
<http://www.salariominimo.net>  
<http://www.ipea.gov.br>  
<http://www.todospelaeducacao.org.br>  
<http://www.boaventuradesousasantos.pt>  
<http://buscatextual.cnpq.br>  
<http://upprj.com>  
<http://portal.mec.gov.br>  
<http://www.senado.gov.br>  
<http://www.oab.org.br>  
<http://portal.mj.gov.br>  
<http://getinternet.ipea.gov.br>  
<http://www.sangari.com>

<http://www.journalofdemocracyenespanol>  
<http://www.vivario.org.br>  
<http://www.moradiaecidadania.org.br>  
<http://www.themis.org.br>  
<http://www.juspopuli.org.br>  
<http://www.gajop.org.br>  
<http://www.vidaejuventude.org.br>  
<http://mediacaocomunitaria.blogspot.com>  
<http://www.sei.ba.gov.br>  
<http://www.xe.com>  
<http://www.pnud.org.br>  
<http://www.conima.org>





## **ANEXO I**

### **PROJETO DE LEI DE MEDIAÇÃO**

PROJETO DE LEI N. , de de 2.003

Institui e disciplina a mediação paraprocessual como mecanismo complementar de prevenção e solução de conflitos no processo civil e dá nova redação ao artigo 331 e parágrafos do Código de Processo Civil Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

#### **CAPÍTULO**

#### **MODALIDADES DE MEDIAÇÃO**

**I**

Art. 1º Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceira pessoa que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e as orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucione conflitos.

§ 1º Esta Lei regula a mediação paraprocessual, enquanto mediação voltada ao processo civil.

§ 2º A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, de acordo com o momento em que tiver lugar, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores.

§. 3º É lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem.

§ 4º A mediação poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 5º A mediação será sigilosa, salvo estipulação em contrário dos interessados ou partes, observando-se, em qualquer hipótese, o disposto no art. 14.

§ 6º A transação, subscrita pelo mediador, judicial ou extrajudicial, pelos transatores e advogados, constitui título executivo extrajudicial.

§ 7º A pedido dos interessados, a transação, obtida na mediação prévia ou incidental, poderá ser homologada pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial.

§ 8º Na mediação prévia, a homologação, desde que requerida, será reduzida a termo e homologada por sentença, independentemente de processo.

## **CAPÍTULO II**

### **SEÇÃO I**

#### **DA MEDIAÇÃO PRÉVIA**

Art. 2º A mediação prévia é sempre facultativa, podendo ser judicial ou extrajudicial.

Art. 3º O interessado poderá optar pela mediação prévia judicial, devendo, neste caso, o requerimento ser instrumentalizado por meio de formulário padronizado, que será subscrito por ele e seu advogado, ou só por este, se tiver poderes especiais.

§ 1º A procuração instruirá o requerimento, facultada a exibição de provas pré-constituídas no curso do procedimento da mediação.

§ 2º O requerimento de mediação prévia será distribuído ao mediador e a ele imediatamente encaminhado.

§ 3º Recebido o requerimento, o mediador designará dia, hora e local onde realizará a sessão de mediação, providenciando a comunicação pessoal, facultada a utilização de todos os meios eficazes de cientificação.

§ 4º A comunicação ao requerido conterà, ainda, a advertência de que deverá comparecer à sessão acompanhado de advogado. Não tendo o requerido advogado constituído, o mediador solicitará à Defensoria Pública ou, na falta desta, à Ordem dos Advogados do Brasil a designação de dativo.

§ 5º Os interessados, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial, observado o disposto no parágrafo único do art. 5º.

Art. 4º. Levada a efeito a mediação, o mediador tomará por termo a transação, se obtida, ou consignará sua impossibilidade.

Parágrafo único. Obtida ou frustrada a transação, o mediador devolverá ao distribuidor o requerimento, acompanhado do termo, para as devidas anotações.

Art. 5º. A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados, ficará a cargo de instituições e entidades especializadas em mediação ou mediadores independentes.

Parágrafo único Para os fins do inciso IX do art. 6º, as instituições e entidades especializadas em mediação e os mediadores independentes deverão estar cadastrados junto ao Tribunal de Justiça (art. 17).

## SEÇÃO II DA MEDIAÇÃO INCIDENTAL

Art.6º. A tentativa de mediação incidental é obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos:

I - na ação de interdição;

II - quando for autora ou ré pessoa de direito público e a controvérsia versar sobre direitos indisponíveis;

III - na falência, na concordata e na insolvência civil;

IV - no inventário e, quando houver incapazes, no arrolamento;

V - nas ações de imissão de posse, reivindicatória de bem imóvel e de usucapião de bem imóvel;

VI - na ação de retificação de registro público;

VII - quando o autor optar pelo procedimento do juizado especial ou pela arbitragem;

VIII - na ação cautelar; e

IX - quando a mediação prévia, realizada na forma da Seção anterior, tiver ocorrido, sem resultado, nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao ajuizamento da ação.

Art 7 - Nos casos de mediação incidental, a distribuição da petição inicial ao juízo interromperá a prescrição, induzirá litispendência e produzirá os efeitos previstos no artigo 593 de Código de Processo Civil.

§1º.Na hipótese de pedido de liminar, o processo será distribuído ao juiz para apreciação, procedendo-se à mediação após a decisão.

§2º. A interposição de agravo contra a decisão liminar não prejudica o procedimento de mediação.

Art.8º. A petição inicial será remetida pelo juiz distribuidor ao mediador sorteado.

Art.9º. Cabe ao mediador intimar as partes, por qualquer meio eficaz de

comunicação, designando dia, hora e local para seu comparecimento, acompanhados dos respectivos advogados.

§1º. A intimação constituirá o requerido em mora, tornando a coisa litigiosa.

§ 2º As partes, de comum acordo, poderão escolher outro mediador, judicial ou extrajudicial, devendo este estar cadastrado junto ao Tribunal de Justiça (art. 17).

§3º Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação.

§ 4º Comparecendo qualquer das partes sem advogado, o mediador procederá de acordo com o disposto na parte final do parágrafo 4º do artigo 3º.

Art.10. Levada a efeito a mediação, o mediador procederá nos termos do caput do artigo 4º.

§ 1º Obtida a transação, o mediador devolverá ao distribuidor a petição inicial, acompanhada do termo, para as devidas anotações.

§ 2º Frustrada a transação, o mediador remeterá a petição inicial ao juiz, acompanhada do termo, para a retomada do processo judicial.

§ 3º Decorridos 90 (noventa) dias da data do início da mediação sem que tenha sido encerrado o respectivo procedimento, com a obtenção ou não da transação, poderá qualquer das partes solicitar a retomada do processo judicial.

### **CAPÍTULO III**

#### **DOS MEDIADORES**

Art.11. Consideram-se mediadores judiciais, para os fins desta Lei:

a os advogados com pelo menos 3 (três) anos de efetivo exercício de profissão jurídica, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma deste Capítulo.

b os co-mediadores, capacitados, selecionados e inscritos no Registro de Mediadores, na forma deste Capítulo.

Art. 12. Consideram-se mediadores extrajudiciais, para os fins desta Lei, as instituições e entidades especializadas em mediação e os mediadores independentes. Parágrafo único. As instituições e entidades especializadas em mediação e os mediadores independentes somente precisarão estar inscritos no Cadastro de Mediadores Extrajudiciais, previsto neste Capítulo, para atuarem na mediação incidental e para os fins de que trata o inciso IX do art. 6º.

Art. 13. Na mediação paraprocessual, de que trata esta Lei, os mediadores, judiciais ou extrajudiciais, são considerados auxiliares da justiça.

Parágrafo único. Quando no exercício de suas funções, e em razão delas, os mediadores ficam equiparados aos funcionários públicos, inclusive para efeito da legislação penal.

Art. 14. No desempenho de sua função o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, vedada a prestação de qualquer informação ao juiz.

Parágrafo único. Caberá à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Tribunal de Justiça e às instituições e entidades especializadas em mediação, devidamente cadastradas, em conjunto, a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo.

Art. 15. A pedido de qualquer das partes ou interessados, ou a critério do mediador, este prestará seus serviços em regime de co-mediação, com profissional de outra área, devidamente habilitado, nos termos do §2º deste artigo.

§ 1º A co-mediação será obrigatória nas controvérsias que versem sobre Direito de Família, devendo dela sempre participar psiquiatra, psicólogo ou assistente social.

§ 2º O Tribunal de Justiça selecionará, como co-mediadores, profissionais indicados por instituições e entidades especializadas em mediação ou por órgãos profissionais oficiais, devidamente capacitados e credenciados.

Art. 16 O Tribunal de Justiça local manterá um Registro de Mediadores Judiciais, contendo a relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar no âmbito do Estado, por área profissional.

§ 1º Aprovado no curso de formação e seleção, o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no Registro de Mediadores Judiciais no Tribunal de Justiça local.

§ 2º Do Registro de Mediadores Judiciais constarão todos os dados relevantes referentes à atuação do mediador, segundo os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça local.

§ 3º Os dados colhidos na forma do parágrafo anterior serão classificados sistematicamente pelo Tribunal de Justiça que os publicará, pelo menos anualmente, para efeitos estatísticos.

Art. 17. O Tribunal de Justiça também manterá um Cadastro de Mediadores Extrajudiciais, com a inscrição de instituições e entidades especializadas em

mediação e de mediadores independentes, para fins do disposto no inciso IX do art. 6º e para atuarem na mediação incidental.

§ 1º O Tribunal de Justiça estabelecerá e divulgará, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, os requisitos necessários à inscrição no Cadastro de Mediadores Extrajudiciais.

§ 2º Enquanto o Tribunal de Justiça não cumprir o disposto no parágrafo anterior, os mediadores extrajudiciais poderão atuar para todos os fins, sem necessidade de se cadastrarem.

Art. 18. A mediação será sempre realizada em local de fácil acesso, com estrutura suficiente para atendimento condigno dos interessados, disponibilizado por entidade pública ou particular para o desenvolvimento das atividades de que trata esta Lei. Parágrafo único. O Tribunal de Justiça fixará, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias após a promulgação desta Lei, as condições mínimas a que se refere este artigo.

Art. 19. A fiscalização das atividades dos mediadores competirá à Ordem dos Advogados do Brasil, através de suas seções e subseções, ou aos órgãos profissionais oficiais, conforme o caso. § 1º Na mediação incidental, a fiscalização também caberá ao juiz.

§ 2º O magistrado, verificando atuação inadequada do mediador, poderá afastá-lo de suas atividades no processo, informando a Ordem dos Advogados do Brasil ou, em se tratando de profissional de outra área, o órgão competente, para instauração do respectivo processo administrativo.

§ 3º O processo administrativo para averiguação de conduta inadequada do mediador advogado, instaurado de ofício ou mediante representação, seguirá o procedimento previsto no Título III da Lei 8.906/94, podendo a Ordem dos Advogados do Brasil aplicar desde a pena de advertência até a de exclusão do Registro de Mediadores, tudo sem prejuízo de, verificada também infração ética, promover a entidade as medidas de que trata a referida Lei.

Art. 20. Será excluído do Registro ou Cadastro de Mediadores aquele que:

- I - assim o solicitar ao Tribunal de Justiça, independentemente de justificação;

- I - agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade;

- II - violar os princípios de confidencialidade e neutralidade;

- V - funcionar em procedimento de mediação mesmo sendo impedido;

Parágrafo único. Os casos previstos nos incisos II a IV serão apurados em regular processo administrativo, nos termos dos §2º e §3º do art. 19 desta Lei, não podendo o mediador excluído ser reinscrito nos Registros ou Cadastros de Mediadores, em todo o território nacional.

Art. 21. Não será admitida a atuação do mediador nos termos do artigo 134 do Código de Processo Civil.

Parágrafo único. No caso de impedimento, o mediador devolverá os autos ao distribuidor, que sorteará novo mediador; se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento de mediação, o mediador interromperá sua atividade, lavrando ata com o relatório do ocorrido e solicitará sorteio de novo mediador.

Art. 22. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o mediador informará o fato ao Tribunal de Justiça para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.

Art. 23. O mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais a qualquer das partes, em matéria correlata à da mediação, e, pelo prazo de 2 (dois) anos, contados a partir do término da mediação, em outra matéria.

Art. 24. Os serviços do mediador serão sempre remunerados, nos termos e segundo os critérios fixados pela norma local.

§ 1º Nas hipóteses em que for concedido o benefício da gratuidade estará a parte dispensada do recolhimento dos honorários.

§ 2º Havendo pedido de concessão de gratuidade, o distribuidor remeterá os autos ao juiz competente para decisão.

Art. 25. Na hipótese de mediação incidental, ainda que haja pedido de liminar, a antecipação das despesas do processo, a que alude o art. 19 do Código de Processo Civil, somente será devida após a retomada do curso do processo, se a mediação não tiver produzido resultados.

Parágrafo único. O valor pago a título de honorários do mediador será abatido das despesas do processo.

Art. 26. O art. 331 e parágrafos do Código de Processo Civil Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1.973, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Na audiência preliminar, o juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, mesmo tendo sido já realizada a mediação prévia ou incidental.



§ 2º A Lei local poderá instituir juiz conciliador ou recrutar conciliadores para auxiliarem o juiz da causa na tentativa de solução amigável dos conflitos.

§ 3º Segundo as peculiaridades do caso, outras formas adequadas de solução do conflito poderão ser sugeridas pelo juiz, inclusive a arbitragem, na forma da Lei, a mediação e a avaliação neutra de terceiro.

§ 4º A avaliação neutra de terceiro, a ser obtida no prazo a ser fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, sendo sua finalidade exclusiva a de orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 5º O juiz deverá buscar, prioritariamente, a pacificação das partes, ao invés da solução adjudicada do conflito, sendo sua dedicada atuação nesse sentido reputada de relevante valor social e considerada para efeito de promoção por merecimento.

§ 6º Obtido o acordo, será reduzido a termo e homologado pelo juiz.

§ 7º “Se, por qualquer motivo, a conciliação não produzir resultados e não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, na mesma audiência, fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”.

Art. 27. Fica acrescentado no Código de Processo Civil Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1.973 - o art. 331-A, com a seguinte redação:

Art.331-A “Em qualquer tempo e grau de jurisdição, poderá o juiz ou tribunal adotar, no que couber, as providências previstas no artigo anterior”.

Art. 28. Esta Lei entrará em vigor no prazo de 6 (seis) meses da data de sua publicação.



## **ANEXO II**

### **RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010**

Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

(Publicada no DJ-e nº 219/2010, em 01/12/2010, pág. 2-14 e republicada no DJ-e nº 39/2011, em 01/03/2011, pág. 2-15)

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República;

CONSIDERANDO que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009;

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciais, implica acesso à ordem jurídica justa;

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos países tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais;

CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça;

CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria;

CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 117ª Sessão Ordinária, realizada em de 23 de 2010, nos autos do procedimento do Ato 0006059-82.2010.2.00.0000;

RESOLVE:

## **Capítulo I**

Da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Art. 2º Na implementação da Política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico.

Art. 3º O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas.

## **Capítulo II**

Das Atribuições do Conselho Nacional de Justiça

Art. 4º Compete ao Conselho Nacional de Justiça organizar programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

Art. 5º O programa será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino.

Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ:

I – estabelecer diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais;

II – desenvolver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias;

III – providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento;

IV – regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias;

V – buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, de modo a assegurar que, nas Escolas da Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento;

VI – estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios;

VII – realizar gestão junto às empresas e às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocompositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade;

VIII – atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência.

### **Capítulo III**

#### **Das Atribuições dos Tribunais**

##### **Seção I**

#### **Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos**

Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes

de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras:

I – desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida nesta Resolução;

II – planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas;

III – atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos arts. 5º e 6º;

IV – instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;

V – promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos;

VI – na hipótese de conciliadores e mediadores que atuem em seus serviços, criar e manter cadastro, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento;

VII – regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos da legislação específica;

VIII – incentivar a realização de cursos e seminários sobre mediação e conciliação e outros métodos consensuais de solução de conflitos;

IX – firmar, quando necessário, convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução.

Parágrafo único. A criação dos Núcleos e sua composição deverão ser informadas ao Conselho Nacional de Justiça.

## **Seção II**

Dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (“Centros”), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

§ 1º Todas as sessões de conciliação e mediação pré- processuais deverão ser

realizadas nos Centros, podendo, excepcionalmente, as sessões de conciliação e mediação processuais ser realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados junto ao Tribunal (inciso VI do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9º).

§ 2º Os Centros deverão ser instalados nos locais onde exista mais de um Juízo, Juizado ou Vara com pelo menos uma das competências referidas no caput.

§ 3º Nas Comarcas das Capitais dos Estados e nas sedes das Seções e Regiões Judiciárias, bem como nas Comarcas do interior, Subseções e Regiões Judiciárias de maior movimento forense, o prazo para a instalação dos Centros será de 4 (quatro) meses a contar do início de vigência desta Resolução.

§ 4º Nas demais Comarcas, Subseções e Regiões Judiciárias, o prazo para a instalação dos Centros será de 12 (doze) meses a contar do início de vigência deste ato.

§ 5º Os Tribunais poderão, excepcionalmente, estender os serviços do Centro a unidades ou órgãos situados em outros prédios, desde que próximos daqueles referidos no § 2º, podendo, ainda, instalar Centros nos chamados Foros Regionais, nos quais funcionem dois ou mais Juízos, Juizados ou Varas, observada a organização judiciária local.

Art. 9º Os Centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberá a sua administração, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores. Os magistrados serão designados pelo Presidente de cada Tribunal dentre aqueles que realizaram treinamento segundo o modelo estabelecido pelo CNJ, conforme Anexo I desta Resolução.

§ 1º Caso o Centro atenda a grande número de Juízos, Juizados ou Varas, o respectivo juiz coordenador poderá ficar designado exclusivamente para sua administração.

§ 2º Os Tribunais deverão assegurar que nos Centros atuem servidores com dedicação exclusiva, todos capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos e, pelo menos, um deles capacitado também para a triagem e encaminhamento adequado de casos.

§ 3º O treinamento dos servidores referidos no parágrafo anterior deverá observar as diretrizes estabelecidas pelo CNJ conforme Anexo I desta Resolução.

Art. 10. Cada unidade dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania deverá obrigatoriamente abranger setor de solução de conflitos pré-processual, setor de solução de conflitos processual e setor de cidadania, facultativa a adoção pelos Tribunais do procedimento sugerido no Anexo II desta Resolução.

Art. 11. Nos Centros poderão atuar membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados.

### **Seção III**

#### **Dos Conciliadores e Mediadores**

Art. 12. Nos Centros, bem como em todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias.

§ 1º Os Tribunais que já realizaram a capacitação referida no caput poderão dispensar os atuais mediadores e conciliadores da exigência do certificado de conclusão do curso de capacitação, mas deverão disponibilizar cursos de treinamento e aperfeiçoamento, na forma do Anexo I, como condição prévia de atuação nos Centros.

§ 2º Todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a reciclagem permanente e à avaliação do usuário.

§ 3º Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores deverão observar o conteúdo programático e carga horária mínimos estabelecidos pelo CNJ e deverão ser seguidos necessariamente de estágio supervisionado.

§ 4º Os mediadores, conciliadores e demais facilitadores do entendimento entre as partes ficarão sujeitos ao código de ética estabelecido pelo Conselho (Anexo III).

### **Seção IV**

#### **Dos Dados Estatísticos**

Art. 13. Os Tribunais deverão criar e manter banco de dados sobre as atividades de cada Centro, com as informações constantes do Anexo IV.

Art. 14. Caberá ao CNJ compilar informações sobre os serviços públicos de solução consensual das controvérsias existentes no país e sobre o desempenho de cada um deles, por meio do DPJ, mantendo permanentemente atualizado o banco de dados.

### **Capítulo IV**

#### **Do Portal da Conciliação**

Art. 15. Fica criado o Portal da Conciliação, a ser disponibilizado no sítio do



CNJ na rede mundial de computadores, com as seguintes funcionalidades, entre outras:

I – publicação das diretrizes da capacitação de conciliadores e mediadores e de seu código de ética;

II – relatório gerencial do programa, por Tribunal, detalhado por unidade judicial e por Centro, com base nas informações referidas no Anexo IV;

III – compartilhamento de boas práticas, projetos, ações, artigos, pesquisas e outros estudos;

IV – fórum permanente de discussão, facultada a participação da sociedade civil;

V – divulgação de notícias relacionadas ao tema;

VI – relatórios de atividades da “Semana da Conciliação”.

Parágrafo único. A implementação do Portal será gradativa, observadas as possibilidades técnicas, sob a responsabilidade do CNJ.

#### Disposições Finais

Art. 16. O disposto na presente Resolução não prejudica a continuidade de programas similares já em funcionamento, cabendo aos Tribunais, se necessário, adaptá-los aos termos deste ato.

Art. 17. Compete à Presidência do Conselho Nacional de Justiça, com o apoio da Comissão de Acesso ao Sistema de Justiça e Responsabilidade Social, coordenar as atividades da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, cabendo-lhe instituir, regulamentar e presidir o Comitê Gestor da Conciliação, que será responsável pela implementação e acompanhamento das medidas previstas neste ato.

Art. 18. Os Anexos integram esta Resolução e possuem caráter vinculante, à exceção do Anexo II, que contém mera recomendação.

Art. 19. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

**Ministro Cezar Peluso**

**Presidente**